

MARIA-BEATRICE BERNA

DREPTURILE FEMEII ÎN DREPTUL INTERNATİONAL

Conținut juridic
și influențe culturale

III 330 138

BCU IASI



|||330 138

BCU IAS1

BCU IAS1 / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

colecția monografii

MARIA-BEATRICE BERNA

**DREPTURILE FEMEII ÎN DREPTUL INTERNAȚIONAL
- CONȚINUT JURIDIC ȘI INFLUENȚE CULTURALE -**



Universitatea de Științe
Juridice și Economice
București

342
B49

847678

MARIA-BEATRICE BERNA

DREPTURILE FEMEII ÎN DREPTUL INTERNAȚIONAL - CONȚINUT JURIDIC ȘI INFLUENȚE CULTURALE -



0 000011 05086

BCU IASI



Universul Juridic
București
-2020-

Editat de **Universul Juridic SRL**.

Editura **Universul Juridic** este acreditată CNATDCU (lista A2) și este considerată editură cu prestigiu recunoscut.

Copyright © 2020, **Universul Juridic SRL**.

Toate drepturile asupra prezentei ediții aparțin **Universul Juridic SRL**.

Nicio parte din această lucrare nu poate fi copiată fără acordul scris al **Universul Juridic SRL**.

! Niciun exemplar din prezentul tiraj nu va fi comercializat fără ștampila și semnătura Editurii sau, după caz, a Autorului/Autorilor, aplicate pe interiorul ultimei coperte.

Respect pentru autorii noștri, respect pentru profesia aleasă!

Prezenta lucrare, în tot sau în parte, este purtătoare de drepturi de autor, aflate sub protecția Legii nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe. Întrucât, în contemporaneitate, aceste drepturi sunt ignorate și încălcate într-o măsură alarmantă, în pofida sistemului valorilor și convențiilor sociale nescrise, a devenit necesară apărarea lor prin forța și sub sancțiunea legii.

UNIVERSUL JURIDIC SRL, titular al dreptului de autor asupra prezentei lucrări, precizează pentru cititorii săi:

-  conform art. 196 din Legea nr. 8/1996, constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la o lună la un an sau cu amendă reproducerea, fără autorizarea sau consimțământul titularului drepturilor recunoscute de lege, a operelor purtătoare de drepturi de autor sau a produselor purtătoare de drepturi conexe;
-  conform art. 14 din Legea nr. 8/1996, prin reproducere se înțelege realizarea, integrală sau parțială, a uneia ori a mai multor copii ale unei opere, direct sau indirect, temporar ori permanent, prin orice mijloc și sub orice formă, inclusiv realizarea oricărei înregistrări sonore sau audiovizuale a unei opere, precum și stocarea permanentă ori temporară a acestora cu mijloace electronice.

Editura își rezervă dreptul de a acționa, prin mijloace legale și prin implicarea autorităților competente, în vederea protejării drepturilor patrimoniale de autor al căror deținător este în baza contractelor de editare.

Descrierea CIP a Bibliotecii Naționale a României
BERNA, MARIA BEATRICE

Drepturile femeii în dreptul internațional : conținut juridic și influențe culturale /
Maria-Beatrice Berna. - București : Universul Juridic, 2020
Conține bibliografie
ISBN 978-606-39-0630-5

34



Redacție:
tel.: 0732.320.666
e-mail: redactie@universuljuridic.ro

Distribuție:
tel.: 021.314.93.15
fax: 021.314.93.16
e-mail: distributie@universuljuridic.ro
editurauniversuljuridic.ro



Editura Universul Juridic



Portal:
tel.: 0725.683.560
e-mail: portal@universuljuridic.ro
universuljuridic.ro



Universul Juridic



Librăria Ujmag:
tel.: 0733.673.555; 021.312.22.21
e-mail: comenzi@ujmag.ro
ujmag.ro



Ujmag.ro



Cuvânt-înainte

Problematica drepturilor femeii este una de continuă actualitate prin implicațiile arborescente pe care aceasta o are la toate nivelurile vieții sociale.

Sistemele internaționale universale și regionale de protecție a drepturilor omului au normativizat mai mult sau mai puțin coerent diversele aspecte ce se raportează la prevenirea discriminării și asigurarea egalității de gen. Totuși, în multe zone ale lumii situația este departe de a fi perfectă, situație agravată de factori generatori cum sunt sărăcia, instabilitatea politică sau chiar schimbările climatice.

Chiar la nivel european, statistici îngrijorătoare arată fără putință de tăgadă că mai este loc de ameliorări în materie. Astfel, documentul prin care s-a stabilit strategia Uniunii Europene privind egalitatea de gen, intitulat „O Uniune a egalității: o strategie pentru egalitatea dintre bărbați și femei 2020-2025” menționa niște realități preocupante. În UE, 33% din femei au fost supuse violenței fizice și/sau sexuale, în timp ce 55% au fost hărțuite sexual. De asemenea, femeile câștigă în medie cu 16% mai puțin decât bărbații și se confruntă în continuare cu bariere în calea accesului și a menținerii pe piața forței de muncă. Totodată, femeile sunt în continuare subreprezentate în pozițiile de conducere, inclusiv în cele mai mari întreprinderi din UE, unde doar 8% din directorii generali sunt femei.

Ce determină asemenea situații nedorite, deși au fost adoptate norme și au fost construite instituții de concretizare a acestora?

Un răspuns atent documentat îl aduce lucrarea de față, care își propune o analiză științifică asupra raportului dintre factorul cultural și protecția juridică a drepturilor femeii în scopul evidențierii modului în care practicile culturale promovate la nivelul comunității influențează la nivel oficial reglementările legale în materia drepturilor femeilor.

Autoarea ei, Maria-Beatrice Berna, angajată a Institutului Român pentru Drepturile Omului și cadru didactic universitar, este una dintre cele mai profunde și prolifice reprezentante ale tinerei generații de cercetători, oricum destul de restrânsă la nivel autohton, în materia drepturilor omului, fiind de remarcat, în acest sens, zecile de articole de specialitate, precum și monografiile a cărei autoare sau coautoare este.

În această lucrare, ea reușește, folosind o bază de documentare impresionantă, să structureze o teorie proprie articulată privind impactul mediului cultural asupra nivelului de protecție a drepturilor omului în general, și a drepturilor femeii în special.

Ideea fundamentală ce stă la baza acestei teorii este aceea conform căreia, în scopul concilierii celor două categorii de drepturi – drepturile femeilor (ca drepturi individuale) și dreptul colectivităților asupra identității culturale (ca drept colectiv), să fie adoptată perspectiva constructivistă asupra culturii care permite atât îndepărtarea de perspectiva esențialistă asupra culturii cât și înțelegerea culturii în sens dinamic.

Justificarea alegerii acestei perspective analitico-teoretice rezidă în conștientizarea nevoii de consolidare a sferei protecției juridice a drepturilor femeii, consolidare legislativă care este posibilă prin identificarea aspectelor/stărilor/situațiilor de fapt care sunt incompatibile cu dezideratul atingerii în mod concret a egalității de facto între bărbați și femei.

Diversele capitole dezvoltă teoria egalității în sistemul de drept al Organizației Națiunilor Unite, al Consiliului Europei și al Uniunii Europene. Sunt analizate conceptele, dar și prevederile substanțiale, precum și jurisprudența reprezentativă și utilă temei abordate, cum este Convenția ONU pentru Eliminarea Tuturor Formelor de Discriminare față de Femei, Convenția

Europeană a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale, Convenția privind Prevenirea și Combaterea Violenței împotriva Femeilor și a Violenței Domestice care produc efecte și în ordinea juridică națională.

Capitole speciale conțin informații și analiză juridică cu caracter de noutate în doctrina de specialitate autohtonă, și ne referim la capitolele privind drepturile femeii în sistemul inter-american de drept, sistemul african de protecție a drepturilor omului sau în sistemul asiatic de protecție a drepturilor omului. Cei interesați vor găsi prezentări și evaluări ale unor comportamente și conduite, uneori tulburătoare, care vizează femeile și statutul acestora, cum sunt mutilările genitale feminine, căsătoriile cutumiare, femeia în dreptul islamic ș.a.

Și în sistemul român de drept raportul dintre gen și cultură lasă loc de ameliorări normative și de strategie, de vreme ce, așa cum autoarea precizează exemplificativ, integrarea comunității rome în cultura socială și legală românească sau prevenirea și combaterea violenței domestice reprezintă obiective care până în prezent nu au fost atinse în totalitate.

Concluziile pe care Maria-Beatrice Berna le înaintează sunt clare și sistematice. Ideea de bază este aceea conform căreia reglementările legale nu valorifică în manieră extinsă factorul cultural în stabilirea normelor de protecție a drepturilor femeilor. În același timp, factorul cultural este marginalizat atât în procesul de formulare a inițiativelor legale în materia drepturilor femeilor cât și în procesul jurisprudențial.

Înțelegerea acestor adevăruri cu valoare de principiu ar fi în măsură, fără îndoială, să maximizeze eficiența cadrului normativ și jurisdicțional internațional și intern în garantarea plenară a drepturilor femeilor.

Prof. univ. dr. Nicolae VOICULESCU

Membru supleant în Consiliul de Administrație
al Agenției Uniunii Europene pentru Drepturi Fundamentale (FRA)



Lista abrevierilor

alin.	– alineat
ANES	– Agenția Națională pentru Egalitatea de Șanse între Femei și Bărbați
art.	– articol
ASEAN	– Asociația Națiunilor din Sud-Estul Asiei
CNCD	– Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării
CONES	– Comisia Națională în Domeniul Egalității de Șanse între Femei și Bărbați
etc.	– et cetera
GREVIO	– Grupul de Experti în Intervenția Contra Violenței Împotriva Femeilor și a Violenței Domestice
Lit.	– litera
MMFPSPV	– Ministerul Muncii, Familiei, Protecției Sociale și Persoanelor Vârstnice
nr.	– număr
O.G.	– Ordonanță de Guvern
ONU	– Organizația Națiunilor Unite
op. cit.	– operă citată
p.	– pagină
ș.a.	– și altele
UNESCO	– Organizația Națiunilor Unite Pentru Știință și Cultură
UNICEF	– Fondul Internațional Pentru Urgențe ale Copiilor al Națiunilor Unite.



Introducere

Lucrarea *Drepturile femeii în dreptul internațional: conținut juridic și influențe culturale* constituie o analiză științifică asupra raportului dintre factorul cultural și protecția juridică a drepturilor femeii în scopul evidențierii modului în care practicile culturale promovate la nivelul comunității influențează la nivel oficial reglementările legale în materia drepturilor femeilor. Integrarea factorului cultural în analiza sintetizată în prezenta lucrare poate fi argumentată în două sensuri: (1) în primul rând, am dori ca prin lucrarea noastră, să prezentăm o perspectivă inovatoare asupra problemelor care limitează protecția juridică a drepturilor femeilor; (2) în al doilea rând, juxtapunerea *factor cultural-protecția juridică a drepturilor femeilor* asigură caracterul interdisciplinar al lucrării precum și originalitatea modelului analitic propus.

Justificarea alegerii temei rezidă în conștientizarea nevoii de consolidare a sferei protecției juridice a drepturilor femeii, consolidare legislativă care este posibilă prin identificarea aspectelor/stărilor/situațiilor de fapt care sunt incompatibile cu dezideratul atingerii în mod concret a *egalității de facto între bărbați și femei*. Prezența unui cadru articulat de protecție a drepturilor femeii nu exclude, *de plano*, posibilitatea de îmbunătățire a acestuia prin luarea în considerare a provocărilor sociale actuale. Paradigma juridică – fiind prin excelență de natură socială – trebuie să organizeze răspunsuri coerente cu privire la modul de abordare a limitărilor aduse drepturilor femeii prin aspecte de natură culturală astfel încât cerința respectării pluralismului cultural să fie conciliată cu cerința respectării drepturilor omului.

Lucrarea avansează un *model teoretico-explicativ* propriu care pornește de la premisa conform căreia *există o relație de intercondiționare între garantarea egalității de facto și practicile culturale*. Premisa evocată este fundamentată pe observații de natură empirică în virtutea cărora garantarea juridică a protecției drepturilor femeilor este un fapt necesar însă nu și suficient pentru asigurarea promovării în fapt a drepturilor femeilor. Cu alte cuvinte, *ipoteza de cercetare* în jurul căreia se întemeiază discursul nostru științific poate fi rezumată în următorul sens: există un raport de condiționare reciprocă între factorul cultural și obținerea *egalității de facto* în privința segmentului feminin; deși există reglementări juridice cu vocație în asigurarea protecției juridice a drepturilor femeilor, acestea au ca rezultat asigurarea *egalității de jure* respectiv a egalității în drept sau în virtutea normelor de drept permițând ca, în mod concret, să existe în continuare încălcări în materia drepturilor femeilor. Acestea din urmă sunt promovate la nivel cultural prin modele de gândire și comportament care susțin starea de subordonare a femeilor în societate. Efectele culturale negative asupra drepturilor femeilor sunt ilustrate la nivelul comunităților culturale prin practici/obiceiuri/tradiții impuse sub forma unor norme comportamentale achiesate de conducătorii comunității în cauză. De asemenea, efectele culturale negative aplicate asupra drepturilor femeilor trebuie să fie considerate și *stricto sensu*, prin referire la tiparelor mentale patriarhale care conduc la atitudini și comportamente discriminatorii față de femei cu toate că aceste tipare mentale patriarhale nu sunt concretizate propriu-zis în practici/obiceiuri/tradiții contrare drepturilor femeilor. *Lipsa de sincronizare între protecția juridică a drepturilor femeilor și practicile culturale a fost surprinsă în modelul teoretico-explicativ descris în rândurile de mai sus numit teoria incongruenței*. În virtutea acestei teorii, între reglementările juridice în materia drepturilor femeilor și practicile culturale există o *nepotrivire* deoarece practicile culturale dăunătoare femeilor continuă să existe în fapt deși la nivelul normelor de drept există reglementările juridice menite să protejeze drepturile femeilor.

Din punct de vedere *metodologic* predomină metoda de cercetare *hermeneutică*. Întregul demers științific este unul interpretativ, având în vedere faptul că intervenția personală este

vizibilă în structura lucrării de la modul de organizare al capitolelor la modul de prezentare, explicare și comentare a informațiilor științifice. Deși prezenta lucrare este circumscrisă științelor juridice, am considerat că rigurozitatea aferentă acestui domeniu nu este incompatibilă cu formularea de observații, critici sau propuneri în materie. De asemenea, integrarea elementului cultural în analiza juridică a contribuit la flexibilizarea caracterului tehnic al reglementărilor, favorizând exprimarea de puncte de vedere personale asupra problemelor de drept studiate și inclusiv la avansarea unor modele explicative proprii asupra reglementărilor incerte sau asupra problemelor de drept trecute sub tăcerea legii. Am înțeles metoda de cercetare hermeneutică atât ca un instrument de cercetare care permite implicarea personală dar și ca un instrument care solicită un riguros demers argumentativ pentru fundamentarea opiniei personale exprimate. Este necesar să menționăm că opțiunea pentru metoda de cercetare hermeneutică a fost justificată prin apel la caracterul multidisciplinar al lucrării; relația dintre cultură și protecția juridică a drepturilor femeii – ca element central al lucrării care îi asigură coerența – este susceptibilă de interpretări personale evidențiate, după cum am menționat anterior, prin explicații, critici sau propuneri. În aceeași ordine de idei, metoda de cercetare *comparativă* și metoda de cercetare *logică-deductivă* au fost incluse în cadrul teoretico-metodologic al lucrării. Ambele metode rezultă din modul de abordare și de structurare al lucrării. Mai mult decât atât, însuși titlul lucrării este reprezentativ pentru sublinierea metodei comparative: relația dintre protecția juridică a drepturilor femeilor și cultură este analizată în multiple sisteme de drept – de la sistemul internațional, la sistemul european, inter-american, african, asiatic, și național. Acest aspect echivalează cu abordarea comparativă a aceluiași subiect (raportul cultură-drepturile femeilor) și relevarea particularităților sale în contexte juridice diferite. Deși titlul cuprinde referințe exclusiv cu privire la sistemul internațional și sistemul european de protecție a drepturilor omului, am integrat, în cuprinsul lucrării, analiza sistemului inter-american, a sistemului african și a sistemului asiatic de protecție a drepturilor omului deoarece am considerat că pentru a exprima un punct de vedere fundamentat asupra subiectului relației dintre drepturile femeii și influențele culturale asupra acestora, este necesar să înțelegem sistemul internațional de protecție a drepturilor omului în sens larg. Astfel, am avansat *o perspectivă integrală* asupra sistemului internațional de protecție a drepturilor omului, incluzând în cuprinsul acestuia atât reglementările onusiene, reglementările instanțelor penale internaționale cât și reglementările aferente sistemelor regionale de drept. Aplicând raționamentul parte-întreg observăm că sistemele regionale de drept sunt parte la întregul reprezentat de sistemul internațional de drept. În acest sens, sistemul onusian reunește reprezentanți ai tuturor sistemelor regionale de drept iar angajamentele asumate față de normele onusiene influențează ordinea juridică de la nivel regional.

Metoda de cercetare deductivă este în acord cu modul de structurare al capitolelor lucrării, informația științifică fiind expusă de la general la particular. Am optat pentru această metodă de cercetare întrucât am considerat că în scopul corectei înțelegeri a influențelor aduse de factorul cultural asupra drepturilor femeilor este necesară clarificarea conceptelor esențiale pentru cercetare și în special clarificarea *clivajului dintre cultură și drepturile femeilor ca drepturi ale omului*. Transformarea – practicilor culturale (în cazul în care ne raportăm la comunități culturale) sau a tiparelor atitudinale și de gândire promotoare a subordonării femeilor – în instrumente care încalcă sau limitează protecția juridică a drepturilor femeilor reprezintă ideea centrală reiterată în analiza fiecărui sistem regional de protecție a drepturilor omului. Aceeași logică deductivă a fost păstrată și în prezentarea informațiilor cuprinse în capitolele lucrării, fiecare capitol debutând cu informații generale, pentru ca, pe parcursul analizei, perspectiva de studiu să se refere la aspectele particulare.

Modul de structurare a lucrării reflectă *obiectivele științifice* propuse prin demersul de cercetare. Subliniem că fiecare capitol expune aspecte de interes pentru cercetare, aspecte raportate la demonstrarea ipotezei centrale: *existența raportului de condiționare reciprocă*

dintre cultură și protecția juridică a drepturilor femeii. Luând în considerare importanța factorului cultural pentru cercetare, precizăm că am utilizat, pe parcursul lucrării noastre, termenul *gen* pentru a desemna aspectele relevante protecției drepturilor femeilor. Genul desemnează ansamblul mentalităților sociale transmise pe cale culturală în funcție de care se identifică rolurile masculine și feminine.

Primul capitol al lucrării – Concepte transdisciplinare relevante pentru cercetarea drepturilor omului și a drepturilor femeii. Studiu asupra echivalențelor juridice – reprezintă mai mult decât o clarificare conceptuală, abordând inclusiv aspecte referitoare la relaționarea conceptelor studiate. Obiectivele științifice corespunzătoare primului capitol pot fi sintetizate după cum urmează: (1) abordarea teoretică a conceptelor cultură, cultura legală, cultura drepturilor omului, cultura drepturilor femeii; (2) prezentarea particularităților aferente conceptelor studiate; (3) stabilirea potențialelor corelații existente între conceptele studiate și integrarea lor într-un model analitic personal. Am avansat pentru studierea noțiunilor cultură și cultură legală perspectiva constructivistă conform căreia normele culturale sunt produsul interacțiunilor din societate și sunt asumate de indivizi prin atitudinile adoptate. Cu alte cuvinte, factorul cultural – ca expresie utilizată pe întreg parcursul lucrării noastre – reprezintă echivalentul ansamblului de norme culturale construite prin interacțiunea dintre indivizi și legitimate prin acceptul indivizilor. Aplicând factorul cultural în teoria drepturilor omului am observat că acesta a limitat drepturile omului prin practicile culturale consacrate la nivelul comunității. Drepturile femeilor – ca segment specific derivat din teoria drepturilor omului – au fost obiectul unor grave limitări justificate din punct de vedere cultural. În acest punct ia ființă dezbaterea doctrinară referitoare la justa alegere dintre drepturile omului (caracterizate prin universalitate conform doctrinei occidentale) și cultură (conform tezei relativismului cultural, drepturile omului nu sunt universale și imuabile; ele trebuie să fie interpretate în contextul politico-juridic existent la nivel regional și nu pot fi contrare normelor culturale care caracterizează comunitatea de apartenență a individului). Din punctul nostru de vedere, clivajul teoretic expus anterior nu trebuie rezumat la cele două aspecte – universalitatea drepturilor omului și relativismul cultural – ci este necesar să extindem considerentele de studiu la interpretarea statică a culturii propusă de teza relativismului cultural. Conform acesteia din urmă, cultura nu poate fi ajustată cerințelor drepturilor omului deoarece aceasta este statică și monolitică și trebuie să fie conservată în formă pură în scopul menținerii identității colectivității culturale. Astfel, drepturile femeilor ca drepturi ale omului sunt incompatibile cu dreptul colectiv al comunității culturale de a menține în aplicare practici dăunătoare integrității fizice și psihice a femeilor. În scopul concilierii celor două categorii de drepturi – drepturile femeilor (ca drepturi individuale) și dreptul colectivității asupra identității culturale (ca drept colectiv) propunem perspectiva constructivistă asupra culturii care permite atât îndepărtarea de perspectiva esențialistă asupra culturii cât și înțelegerea culturii în sens dinamic. Discuția teoretică asupra definirii drepturilor femeii ca drepturi ale omului, respectiv corelațiile avansate asupra raportului cultură-drepturile omului au fost demonstrate prin referințe juridice. Astfel, primul capitol nu are un conținut pur teoretic întrucât întreaga argumentație este fundamentată prin invocarea prevederilor cuprinse în documente notorii în sistemul de drept internațional precum Declarația Universală a Drepturilor Omului, Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene sau documentele internaționale (platforme de acțiune și declarații) adoptate în cadrul conferințelor internaționale organizate în materia drepturilor femeii sub egida Organizației Națiunilor Unite.

Cel de-al **doilea capitol** – Integrarea factorului cultural în analiza egalității de gen în dreptul internațional al drepturilor omului și în dreptul internațional umanitar – continuă analiza instrumentelor legale internaționale amintite în primul capitol, evitând redundanța conținutului științific. Inițiativele programatice (de natură neconstrângătoare) precum

platformele de acțiune și declarațiile adoptate cu ocazia desfășurării conferințelor internaționale în materia drepturilor femeilor precum și instrumentele legale contrângătoare ca Pactul Internațional cu privire la Drepturile Civile și Politice precum și Pactul Internațional cu privire la Drepturile Economice, Sociale și Culturale, Convenția ONU pentru Eliminarea Tuturor Formelor de Discriminare față de Femei, au fost analizate pe coordonate științifice mult mai detaliate. Contextele de analiză identificate în primul și în cel de-al doilea capitol al lucrării sunt diferite deoarece în cadrul primului capitol, evidențierea documentelor legale internaționale a avut ca scop exemplificarea ideilor teoretice exprimate asupra principalelor concepte și raporturi supuse analizei în timp ce, în conținutul celui de-al doilea capitol, instrumentele legale internaționale au fost dezvoltate din perspectiva criteriilor gen și cultură. Dintre documentele legale enumerate, Convenția ONU pentru Eliminarea Tuturor Formelor de Discriminare față de Femei este documentul reprezentativ pentru discursul nostru. În cel de-al doilea capitol al lucrării am realizat o analiză minuțioasă asupra standardelor legale în materia egalității propuse prin textul Convenției, reținând în mod deosebit standardul egalității transformative menționat în art. 5. După cum am precizat cu ocazia analizei conținutului Convenției ONU pentru Eliminarea Tuturor Formelor de Discriminare față de Femei, art. 5 extinde formele egalității – de la egalitatea formală (realizată în temeiul normelor de drept) la egalitatea substanțială (care se ocupă cu studiul impactului concret al normelor de drept în materia egalității și asigurarea efectului egalității prin raportare la cadrul concret) până la egalitatea transformativă – concentrată asupra modificării tiparelor atitudinale și de gândire ale bărbaților și ale femeilor cu finalitatea de a înlătura stereotipurile de gen. Egalitatea transformativă se găsește într-o legătură directă cu egalitatea substanțială întrucât atingerea egalității de facto este improbabilă atât timp cât aceasta nu este însoțită de modificările atitudinale și comportamentale ale indivizilor.

Pentru a obține o analiză extinsă asupra raportului dintre factorul cultural și reglementările juridice în materia drepturilor femeilor, în capitolul aferent sistemului internațional de protecție juridică a drepturilor omului am inclus aspecte referitoare la dreptul internațional umanitar. Am optat pentru observarea modului în care reglementările de drept umanitar asigură protecția juridică a drepturilor femeilor având în vedere premisa conform căreia *clivajul dintre cultură și drepturile femeilor există atât în contextele sociale specifice ale comunităților culturale cât și în alte contexte/situații speciale (în cazul dat, situațiile de conflict armat)*. Am ajuns la concluzia potrivit căreia *teoria incongruenței* dintre factorul cultural și garantarea juridică a drepturilor femeilor este validată inclusiv în planul dreptului internațional umanitar. Deși Convențiile de la Geneva și Protocoalele Adicionale asigură tratarea femeilor cu respectul convenit pentru modestia și demnitatea specifică acestora iar Statutele Tribunalului Internațional (ne referim în mod concret la Tribunalul Internațional pentru Rwanda și Tribunalul Internațional pentru Fosta Iugoslavie) califică infracțiunea de *viol* ca și *crimă împotriva umanității*, încălcările drepturilor femeilor în situații de conflict armat reprezintă o realitate socială a cărei frecvență este ridicată. Încălcările drepturilor femeilor în situațiile de conflict armat produse în Rwanda și în Bosnia sub forma violurilor sistematice, sclaviei sexuale, sarcinilor/sterilizărilor forțate au avut în vedere criterii etnice, factorul cultural fiind prezent în dimensiunea etnică. Încălcarea cadrului legal stabilit la nivel internațional în materia drepturilor femeilor a fost determinat de factorul cultural – acesta din urmă fiind observat din două perspective: atât sub aspectul elementului etnic (în cazul conflictului din Rwanda, femeile aparținând etniei Tutsi au fost supuse agresiunilor sexuale de către luptătorii de etnie Hutu iar în cazul războiului din Bosnia, femeile musulmane bosniace au fost victimele procesului de epurare etnică susținut de soldații sârbi) cât și sub aspectul *constructului social al genului*. Potrivit schemelor de gândire patriarhală, în caz de conflict armat, forțele ostile trebuie să comită acte de agresiune sexuală asupra femeilor aparținătoare

forțelor adverse în scopul impunerii dominației și a exercitării controlului psihologic asupra populației civile. Pornind de la modelul legal avansat de statutele celor două tribunale internaționale, Curtea Penală Internațională a incriminat în statutul său, sub calificarea *crime împotriva umanității*, o serie de acte de agresiune sexuală care vizează în special femeile (avem în vedere violul, sclavia sexuală, sarcinile forțate, sterilizările forțate, prostituția forțată). Este demn de menționat că analiza jurisprudențială și legală condusă asupra coordonatelor de drept internațional umanitar nu a urmărit surprinderea detaliilor tehnice specifice dreptului penal internațional. Având în vedere particularitatea lucrării noastre – de a observa raportul dintre factorul cultural și protecția juridică a drepturilor femeilor – putem afirma că raportul amintit a constituit punctul central al analizei noastre în secțiunea alocată dreptului internațional umanitar.

Sistemul european de protecție a drepturilor omului a fost abordat în cel de-al **treilea capitol** – *Teoria Egalității în Sistemul de Drept al Consiliului Europei și al Uniunii Europene. Studiu asupra criteriilor gen și cultură*. În cadrul capitolului III am urmărit particularitățile pe care principiul egalității și dreptul la nediscriminare (concepte pe care le-am utilizat interșanjabil prin apel la standardul comun al teoriei egalității) le prezintă în conexiune cu *factorul cultural*. În îndeplinirea demersului de cercetare amintit am urmărit ca obiective derivate: (1) demonstrarea existenței dreptului la cultură în cuprinsul Convenției Europene a Drepturilor Omului; în mod concret, am identificat elemente care susțin, pe cale interpretativă, ideea conform căreia cultura reprezintă un factor compozit (incluzând dimensiunea religioasă, etnică, rasială) și determină un tip specific de discriminare – discriminarea intersectorială (termen preluat din literatura de specialitate conform căruia discriminarea în funcție de criterii multiple trebuie să aibă în considerare efectele produse în dinamica lor); (2) demonstrarea evoluției, în sistemul de drept al Uniunii Europene, a prevederilor referitoare la egalitate și nediscriminare, de la criteriul economic, la criteriul cultural; prezența acestuia din urmă a fost argumentată prin raportare la prevederile Directivei 2000/78/CE, ale Directivei 2000/43/CE și ale Cartei Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene; (3) demonstrarea tensiunii care există, pe de o parte, între dreptul la cultură/dreptul la identitate culturală al femeilor, principiile neutralității statale și ale pluralismului religios și, pe de altă parte, principiul egalității; în acest caz, abordarea va fi realizată în contextul jurisprudenței dezvoltată de Curtea Europeană a Drepturilor Omului; (4) dezvoltarea, în sistemul de drept al Uniunii Europene, a unor modele de analiză jurisprudențiale care să abordeze portul vălului islamic – ca aplicație a tensiunii dintre drepturile enumerate anterior; (5) analiza reglementărilor Convenției de la Istanbul referitoare la influența factorului cultural asupra protecției juridice a drepturilor femeilor.

Capitolul III din lucrare a fost orientat către surprinderea particularităților pe care teoria egalității le aduce la nivel legal și jurisprudențial, prin referire la cele două sisteme de drept existente la nivel european: sistemul de drept al Consiliului Europei și sistemul de drept al Uniunii Europene. Prima secțiune a capitolului III aduce clarificări conceptuale privitoare la cele două elemente cuprinse în teoria egalității: *dreptul la nediscriminare și principiul egalității*. Deși literatura de specialitate a argumentat distincții care se impun între cei doi termeni, am ajuns la concluzia conform căreia aceste diferențieri sunt exclusiv teoretice deoarece la nivel legal și în explicațiile oferite pe cale jurisprudențială, *egalitatea și nediscriminarea sunt utilizate în mod interșanjabil*. Această tendință este evidentă prin raportare la ambele sisteme de drept analizate. Avansând cercetarea către sistemul de drept al Consiliului Europei, am ales drept referențial analitic *Convenția Europeană a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale* precum și *Protocolul 12 al Convenției*. După cum rezultă din titlul capitolului, analiza de față s-a dorit a se diferenția de alte demersuri de cercetare care au în centru teoria egalității prin abordarea a două criterii – cel al genului și cel al culturii. Acesta este motivul principal pentru

care analiza teoriei nediscriminării a depășit cadrul art. 14 din Convenție, respectiv cadrul art. 1 din Protocolul nr. 12 al Convenției, adăugând analizei aspecte referitoare la *dreptul la viață privată* sau *libertatea de gândire, conștiință și religie*. Am ajuns la concluzia potrivit căreia în sistemul de drept al Consiliului Europei există o disonanță între prevederile legale (citeate anterior) și analiza jurisprudențială a teoriei egalității prin prisma celor două criterii – gen și cultură. Astfel, am observat că dreptul la cultură nu este stipulat *in expressis verbis* în conținutul Convenției și nici nu este menționat în rândul criteriilor de discriminare avansate de art. 14 din Convenție și de art. 1 din Protocolul 12. Cu toate acestea, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a acordat o atenție deosebită în soluționarea celor trei cauze referitoare la portul vălului islamic aspectului cultural al problemei de drept (nediscriminarea) care a fost adusă în discuție. Într-o argumentație complexă, Curtea Europeană ia în considerare, în abordarea cauzelor *Dahlab*, *Dogru* și *Şahin*, dimensiunea religioasă a problemei, expunând problematica raporturilor dintre stat și Biserică, a posibilității de limitare a libertății religioase, de gândire și de conștiință și a justificării limitării respective invocând cerințele necesare a exista într-o societate democratică. În concluzie, aplicarea teoriei egalității la nivelul sistemului de drept al Consiliului Europei prin raportare la criteriile gen și cultură este marcată de (1) insuficienta precizare la nivel legislativ a factorului cultural și de (2) expunerea extinsă a problemei religioase și a modului în care aceasta influențează discriminarea femeilor la nivel jurisprudențial. În sistemul de drept al Uniunii Europene remarcăm, din nou, excluderea *in expreis* a factorului cultural din dispozițiile inițiale în materia nediscriminării existente în legislația primară și în legislația secundară. Prin excepție, Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene consacră diversitatea culturală, religioasă și lingvistică sub titlul egalității, marcând pentru prima dată recunoașterea, la nivelul legislației europene, a factorului cultural ca element al teoriei egalității. În contrast, instanța Uniunii Europene, nu s-a pronunțat asupra spețelor privitoare la portul vălului islamic, stabilind doar linii directoare privitoare la factorul cultural în materie vestimentară.

Convenția de la Istanbul – ca document juridic adoptat sub egida Consiliului Europei instituie o perspectivă *suis generis* asupra raportului dintre cultură și egalitate. Denumit oficial *Convenția privind Prevenirea și Combaterea Violentei împotriva Femeilor și a Violentei Domestice*, acest document legal introduce *genul* în rândul criteriilor discriminatorii și impune asupra aspectelor abordate în conținutul său, perspectiva de gen. Practicile culturale dăunătoare femeilor precum mutilarea genitală, căsătoriile forțate sau crimele de onoare sunt reglementate în mod expres. Asigurarea posibilității Uniunii Europene de a semna și ulterior de a adera la prevederile Convenției de la Istanbul, constituie o garanție a armonizării celor două sisteme europene de drept în privința subiectului raportului dintre cultură și drepturile femeilor.

Capitolul IV din lucrare – *Drepturile femeii în sistemul inter-american de drept. Relevarea influențelor culturale* – avansează *obiectivul științific principal* de a evidenția conexiunea dintre factorul cultural și prevederile legale în materia drepturilor femeilor prin luarea în considerare a particularităților socio-culturale ale regiunii. Capitolul prezintă un mod de abordare diferit față de celelalte capitole ale lucrării prin sublinierea aspectelor procedurale aferente modului de organizare instituțională la nivel regional. Urmărind *obiectivul științific* al analizei conexiunii dintre cultură și drepturile femeilor în sistemul inter-american de drept am considerat necesar să realizăm analiza jurisprudențială a acestei relații prin cercetarea jurisprudenței Curții Inter-Americane a drepturilor omului și a deciziilor pronunțate de Comisia Inter-Americană. În condițiile date, am considerat că sunt de interes informațiile asupra cadrului instituțional format din Organizația Statelor Americane, Comisia Inter-Americană de protecție a Drepturilor Omului și Curtea Inter-Americană a Drepturilor Omului. Distincția teoretică dintre mandatele Curții și Comisiei regionale în materia protecției drepturilor omului a fost evidențiată inclusiv

în cadrul analizei jurisprudențiale întreprinse, cazurile analizate fiind organizate în cuprinsul lucrării noastre în funcție de organismul (Curte/Comisie) care a exercitat atribuții în evaluarea cauzei. O altă particularitate instituțională a analizei drepturilor femeilor în sistemul inter-american de protecție a drepturilor omului rezidă în studierea influențelor exercitate de instituția *amicus curiae* în soluționarea cazurilor referitoare la cauzele incluzând criteriile *gen* și *cultură*. Trebuie să subliniem că implicarea instituției *amicus curiae* în soluționarea cauzelor în materia drepturilor omului nu constituie apanajul sistemului inter-american de drept, existând în acest sens un omolog instituțional în sistemul european de protecție a drepturilor omului. Am optat pentru integrarea, în lucrarea noastră, a unor opinii reprezentative exprimate de *amicii curiae* în scopul sesizării ideii conform căreia factorul cultural este evident în jurisprudența inter-americană de gen iar implicația accentuată a *amicii curiae* în soluționarea cazurilor referitoare la jurisprudența de gen subliniază, în opinia noastră, implicarea societății civile în atenuarea incidenței factorului cultural în încălcările produse în materia drepturilor femeilor prin identificarea și modificarea tiparelor mentale și comportamentale stereotipe. Factorul cultural este mult mai prezent în sistemul inter-american prin comparație cu alte sisteme regionale, acesta modelând atât atitudinea cât și comportamentul ambelor genuri. În virtutea acestei observații, capitolul IV din lucrare debutează cu explicarea conceptelor *marianism* (*marianismo*) și *machism* (*machismo*) care ipostaziază rolurile de gen feminin și masculin și relațiile stabilite între genuri. Genului feminin îi corespunde pasivitatea, grija, supunerea față de autoritatea masculină și devotamentul față de membrii familiei. Genului masculin îi corespund atributele activității, puterii, dominației – aspecte sintetizate prin conceptul *machismo*. Emanciparea feminină, produsă la nivelul sistemului inter-regional american realizată prin renunțarea la atributele derivate din marianism, a condus la replica autorității masculine realizată prin *femicid*. Noțiunea de *femicid* a fost utilizată în declarațiile și documentele oficiale de la nivelul sistemului inter-american pentru a desemna violența extremă asupra femeilor. Încălcările violente ale drepturilor femeilor din sistemul regional inter-american au fost sintetizate, la nivel socio-cultural, prin noțiunea de *femicid* iar, la nivel legal, rezultatul a constat în adoptarea Convenției Inter-Americane pentru Prevenirea, Pedepsirea și Eradicarea Violenței Împotriva Femeilor. Cunoscută în doctrină și sub denumirea Convenția Belem Do Para datorită locului în care a fost adoptată, Convenția Inter-Americană pentru Prevenirea, Pedepsirea și Eradicarea Violenței Împotriva Femeilor califică violența împotriva femeilor precum o formă de discriminare. De asemenea, meritul Convenției constă în introducerea principiului diligenței necesare (*due diligence*) în investigarea actelor de violență împotriva femeilor; principiul include în conținutul său toate măsurile pertinente pentru aflarea adevărului în cauză și pedepsirea făptuitorilor. Factorul cultural este, în egală măsură, menționat în prevederile Convenției, art. 6 stabilind dreptul femeilor de a fi libere de tiparele comportamentale și atitudinale care mențin starea de subordonare a femeilor.

Capitolul V – Implicațiile dreptului cutumiar asupra protecției juridice a drepturilor femeii în sistemul african de protecție a drepturilor omului – prezintă cea mai clară argumentație a raportului dintre factorul cultural și protecția juridică a drepturilor femeii. Particularitatea sistemului african de protecție a drepturilor omului constă în reglementarea expresă a valorilor culturale în documentele juridice oficiale. Carta Africană a Drepturilor Omului și a Popoarelor precum și Protocolul Adițional cu Privire la Drepturile Femeilor (cunoscut, în literatura de specialitate și sub denumirea de Protocolul de la Maputo având în vedere locul adoptării sale) recunosc în mod expres că factorul cultural constituie o parte integrantă a teoriei drepturilor omului, aducând o contribuție esențială în materie. Inițiativele legale sub-regionale în materia drepturilor omului precum Carta Arabă a Drepturilor Omului sau Declarația de la Cairo asupra Drepturilor Omului valorifică, în mod similar cu documentele legale regionale menționate anterior, factorul cultural în reglementarea drepturilor omului. În

context sub-regional, factorul cultural este surprins în dimensiunea sa religioasă, subliniind modul în care relațiile dintre genuri sunt abordate în dreptul islamic (ne referim în special la codul de conduită impus prin Coran și Sharia). Documentele adoptate la nivel regional abordează inclusiv aspectele culturale negative care limitează drepturile femeilor, interzicând în mod categoric practicile culturale dăunătoare femeilor. Importanța sistemului african pentru demersul de cercetare rezultă din recunoașterea cutumelor existente în comunitatea africană ca și norme de drept. Formalizarea legală a cutumei permite cristalizarea, la nivelul sistemului african de protecție a drepturilor omului, a *dreptului cutumiar* iar coexistența dreptului cutumiar cu normele dreptului statutar (dreptul oficial) permite identificarea, la nivel regional, a *pluralismului legal*. Luând în considerare particularitatea constând în ridicarea cutumei la rang de reglementare legală, *obiectivele științifice* aferente capitolului V au fost extinse la *analiza detaliată a specificului pluralismului legal*, a *caracteristicilor dreptului cutumiar* sau a *practicilor cutumiare* reglementate precum *căsătoriile cutumiare* sau *mutilarea genitală feminină*. Jurisprudența analizată reflectă modul de abordare, de către instanțele naționale (în special instanțele judecătorești ale Africii de Sud) a instituțiilor cutumiare din domeniul dreptului privat (căsătorie sau moștenire) reglementate prin dreptul cutumiar. Am ales să ne raportăm la instanțele Africii de Sud deoarece, din punctul nostru de vedere, reglementările naționale adoptate sunt superioare în materia protecției drepturilor femeilor prin comparație cu alte state de la nivel regional. În aceeași ordine de idei, am considerat oportun să studiem jurisprudența instanțelor naționale ale Africii de Sud deoarece instanța africană de la nivel regional a cunoscut, de-a lungul timpului, transformări instituționale care au afectat coerența practicii jurisprudențiale. Astfel, Curtea Africană a Drepturilor Omului și Popoarelor – stabilită prin Protocolul la Carta Africană cu privire la Drepturile Omului și Popoarelor referitoare la stabilirea unei Curți Africane a Drepturilor Omului și Popoarelor (protocolul a fost adoptat în iunie 1994 și a intrat în vigoare în ianuarie 2005) și Curtea de Justiție a Uniunii Africane stabilită prin Actul Constitutiv al Uniunii Africane au fuzionat într-o singură Curte numită Curtea Africană de Justiție și Drepturi ale Omului (protocolul de fuziune a fost adoptat în anul 2008).

Sistemul asiatic de protecție a drepturilor omului abordat în **Capitolul VI** al lucrării – *Prevalența culturii și limitele drepturilor femeii în sistemul asiatic de protecție a drepturilor omului* – marchează influența culturii asupra protecției juridice a drepturilor femeilor. Sistemul de drept asiatic este orientat de precepte etice desprinse din cultura regională dat fiind faptul că aspectele instituționale și jurisprudențiale sunt slab conturate. În mod similar cu sistemul african de protecție a drepturilor omului, sistemul asiatic evidențiază factorul cultural și plasează individul în interiorul comunității, subliniind importanța atașamentului individului față de comunitate (termenul generic utilizat în cuprinsul lucrării noastre pentru a desemna adeziunea individului la valorile comunității de apartenență este *comunitarismul*). Spre deosebire de sistemul african de protecție a drepturilor omului, sistemul asiatic de protecție a drepturilor omului nu deține un ansamblu de mecanisme și instrumente legale care să ilustreze preocupările în materia protecției drepturilor femeilor ca drepturi ale omului la nivel regional.

Principalul *obiectiv științific* urmărit în cadrul capitolului VI constă în sublinierea specificităților culturale și legale care au influență asupra protecției juridice a drepturilor femeilor la nivel regional. Pentru atingerea prezentului obiectiv științific, am urmărit împlinirea următoarelor *obiective științifice derivate*: (1) prezentarea semnificației și a conținutului *valorilor asiatice* – concept utilizat la nivelul discursului politic oficial pentru a justifica perspectiva autohtonă asupra drepturilor omului care se apropie de teza relativismului cultural, negând universalitatea drepturilor omului promovată de doctrina occidentală; (2) menționarea principalelor precepte confucianiste și sublinierea modului în care acestea au influențat protecția drepturilor femeilor la nivel regional. Menționăm că deși religia

musulmană reprezintă o dimensiune culturală care influențează deopotrivă sistemul regional african și sistemul regional asiatic, nu am reiterat în cadrul capitolului VI aspectele aferente acesteia, din dorința de a evita redundanța. (3) analiza de conținut a principalelor documente legale inițiate, la nivel sub-regional, de Asociația Națiunilor din Sud-Estul Asiei în materia drepturilor omului și, implicit, în materia drepturilor femeilor. Am recurs la studierea inițiativelor legale sub-regionale în materie confruntându-ne cu lipsa adoptării de instrumente legale la nivel regional. Documentele analizate sunt de ordinul declarațiilor și se înscriu în categoria dreptului neconstrângător. Având în vedere diversitatea valorilor asiatice și perspectiva stabilită la nivel regional în materia drepturilor omului (fundamentată, în special pe preeminența drepturilor economice, sociale și culturale și pe aprecierea drepturilor colective în detrimentul drepturilor individuale), considerăm că lipsa unor documente constrângătoare care să asigure protecția drepturilor femeilor este justificată.

Lipsa unor prevederi legale rigurose articulate în materia raportului dintre cultură și drepturile femeilor din sistemul național de protecție a drepturilor omului determină ca structura capitolului VII, intitulat *Coordonate esențiale ale sistemului național în materia raportului dintre gen și cultură*, să fie limitată la coordonatele esențiale ale premisei centrale supuse analizei. **Capitolul VII** cuprinde o structură tripartită în funcție de care distingem *obiectivele științifice derivate ale capitolului*: (1) prima secțiune a capitolului evidențiază modul în care drepturile femeilor aparținând comunităților culturale minoritare sunt încălcate prin apel la practici culturale dăunătoare; (2) cea de-a doua secțiune este concentrată asupra sublinierii limitelor reglementărilor legale naționale în acomodarea raportului dintre cultură și drepturile femeilor; (3) ultima secțiune prezintă un posibil model de influențare, prin intermediul factorului cultural, a tratamentului jurisprudențial referitor la faptele ilicite/infracțiunile care afectează drepturile femeilor.

De asemenea, Capitolul VII cuprinde o secțiune distinctă care analizează acțiunile recente întreprinse la nivel național cu scopul adaptării cadrului juridic intern la normele internaționale adoptate în materia egalității de gen precum și în domeniul prevenirii și combaterii violenței.

Finalmente, trebuie să precizăm că această lucrare redă, cu completările, modificările și actualizările necesare, textul tezei de doctorat susținute în anul 2016, sub coordonarea domnului Prof. univ. dr. Nicolae Voiculescu, în cadrul Școlii Doctorale de Drept de la Universitatea Titu Maiorescu București.

Concepte transdisciplinare relevante pentru cercetarea drepturilor omului și a drepturilor femeii. Studiu asupra echivalențelor juridice

I. Precizări conceptuale

○ I.1. Dificultatea de conceptualizare și operaționalizare: cultura, legea; cultura-legea; cultura legală

Prin esența sa, termenul *cultură* dezvăluie o dificultate de *conceptualizare* și una de *operaționalizare* – cea de-a doua fiind cu necesitate o consecință a primei. În fața amplei literaturi de specialitate dedicată analizei conceptului în cauză, pare un demers anevoios găsirea sensului termenului de *cultură* și atribuirea unei contextualizări legale în favoarea acestuia.

Legat de dificultatea de conceptualizare, aceasta este reflectată prin tentativele doctrinare¹ de justă delimitare a termenului – tentative care au adus o reflectare epistemologică fără consecințe pragmatice răsunătoare. În acest sens, pot fi observate două direcții majore de interpretare a culturii: (1) *o direcție formalistă* – care conceptualizează noțiunea de *cultură* printr-o poziționare exterioară a individului – cultura desemnează un ansamblu de instituții sociale producătoare de semne și semnificații care au relevanță într-un anumit context social; (2) *o direcție subiectivă și intersubiectivă* – în temeiul căreia, cultura este consecința interpretării și poziționării individului față de produsele spirituale ale unei comunități date².

Evaluând cele două direcții de conceptualizare menționate, observăm că dacă direcția formalistă propune un individ pasiv în fața fenomenului cultural, acesta fiind evidențiat în postura unui simplu receptor al surselor culturale astfel cum ele au fost stabilite prin decizii (prezuate a fi) colective care s-au impus unilateral asupra sa, direcția subiectivă și intersubiectivă, pare a lăsa loc unei discuții mai profunde și mai riguroase articulate. Direcția subiectivă și intersubiectivă de conceptualizare a *culturii* mută centrul de interes în evaluare de la comunitate la individ, la puterea de reflecție a individului, respectiv la capacitatea acestuia de a se raporta la percepțiile unui alt membru al aceleiași comunități culturale astfel încât să își asigure o bună înțelegere a termenului. De la *cultura care se întâmplă* (perspectiva primei direcții), individul își asumă *cultura pe care o creează* (perspectiva celei de-a doua direcții).

Ne vom apropia de cea de-a doua direcție de conceptualizare a culturii datorită apanajului clarității adus în privința a două aspecte: (1) conceptualizarea subiectivă demonstrează direct implicația individului în producerea normelor culturale, (2) de aici consecința complexității și a dinamismului normelor culturale. Acestea din urmă sunt *complexe* deoarece depind de forul intern al individului, de interpretarea pe care individul o atașează normelor culturale. Pe de altă parte, normele culturale sunt *dinamice* pentru că ele apar în urma unui proces *constructivist* – care ia ființă prin interacțiunile pe care individul le dezvoltă în societate. Mai mult decât atât, nu putem nega că așezând individul în centrul procesului creator al normelor culturale, acestea din urmă trebuie să fie înțelese ca schimbătoare, ajustabile și supuse

¹ R. Michaels, *Legal Culture*, Forthcoming in Oxford Handbook of European Private Law, Basedow, Hopt, Zimmermann eds., Oxford University Press; N. Mezey, *Law as Culture*, The Yale Journal of Law & the Humanities, Vol.13, pp. 35-67; A. Sarat, J. Simon, *Beyond Legal Realism: Cultural Analysis, Cultural Studies, and the Situation of Legal Scholarship*, Yale Journal Law & the Humanities, vol. 13, 2001, pp. 3-31.

² N.J. Smelser P.B. Baltes, *International Encyclopedia of Social and Behavioral Sciences*, New York, Elsevier, Pergamon Press, 2001, p. 8624.

negocierii în cadrul comunității. O atare constatare este purtătoarea unor implicații juridice esențiale care vor fi dezvăluite și dezvoltate în mod implicit pe întreg parcursul lucrării.

Deci, din punctul nostru de vedere, cultura ființează sub un orizont al gândului și al interpretării. Pornind de la precizările lansate de Menachem Mautner în lucrarea sa¹, avansăm ideea conform căreia *o reprezentare corectă a culturii semnifică mai mult decât obiceiurile și tradițiile care dau specificul unei anumite comunități*. În aprecierea noastră, cultura este un mod de a gândi, de a participa și de a construi în sens social. Ea se desparte de ceea ce este oferit omului ca *dat* și implică ceea ce este obținut în cadrul unei comunități ca și *construit*. Cu alte cuvinte, cultura este o reflectare a gândurilor membrilor unei comunități; reflectare întru comuniune și dezvoltare a relațiilor sociale. După cum anticipa Hofstede atenționând asupra specificului culturii, cultura este o programare colectivă a minții care ajută ca membrii unui grup să se distingă de cei ai altuia².

Deși dificultăți de conceptualizare – enunțată în exordiu prezentului sub-capitol, i-am opus viziunea idealistă³, *dificultatea de operaționalizare* a termenului *cultură* persistă. Este logic să se întâmple astfel deoarece tranșarea dificultății de conceptualizare a culturii în favoarea (1) supremației gândului și a puterii interpretative (în principal) dar și în favoarea (2) explicării noțiunii *cultură* prin apel la relațiile sociale dezvoltate în cadrul comunității umane, nu neutralizează provocarea științifică a dorinței ca un concept clarificat într-o perspectivă idealistă și constructivistă să aibă aplicabilitate concretă. Din punctul nostru de vedere, fezabilitatea operaționalizării culturii rezultă din *incidențele pe care aceasta le provoacă la nivel social*. Dintre incidențele sociale ale culturii, cea mai pertinentă este *incidența legală* și cea mai pertinentă configurare a incidenței legale a culturii este, indiscutabil, *cultura legală*.

Conștient de valoarea normativă pe care cultura o poate dovedi, Robert Post⁴ pune în relație cultura și legea, admitând că *societatea umană nu este altceva decât o societate a ideilor*; acestea din urmă, deși sunt acceptate de membrii societății, au nevoie de o recunoaștere formală, legală. Astfel, în relație cu legea, perspectiva idealistă a culturii este reflectată în mod natural, relația *cultură-lege* fiind mai mult decât o speculație științifică. De aceea propunem să desemnăm, în cursul disertației noastre, noțiunea de *cultură* ca având atașată semnificația unui *normativ flexibil, informal* (alcătuit din gândurile, judecățile, aprecierile pe care indivizii le adoptă vis-a-vis de anumite situații sociale), legea rămânând *normativul formal*. Includerea termenului *flexibil* în explicația normelor culturale nu a fost întâmplătoare. După cum deja am menționat, pentru o justă înțelegere, cultura trebuie să beneficieze de o conceptualizare dinamică, ea însăși fiind o reprezentare dinamică – care izvorăște din forul interior al individului. Aidoma legii, cultura răspunde unor impulsuri sociale – de aici ideea că ambele trebuie să fie dinamice și adaptabile.

Relația dintre cultură și lege ar apărea ca fiind de sorginte organică, amintind de logica artistotelică a întregului care este mai mult decât suma părților componente. Contrar unei opinii doctrinare⁵ care atestă că raportul dintre lege și cultură trebuie privit ca raportul dintre

¹ M. Mautner, *Essay. Three Approaches to Law and Culture*, Cornell Law Review, Vol. 96, pp. 839-868.

² G. Hofstede, *Cultures and Organizations: Software of the Mind*, Harper Collins Business, London, 1994, p. 5.

³ Prin expresia *viziune idealistă* desemnăm orientarea filosofică care se fundamentează pe ideea conform căreia spiritul, conștiința, gândirea reprezintă puncte cardinale ale desfășurării existenței umane, materia având o importanță redusă. În contextul dat, ne referim la faptul că definind cultura prin raportare la aptitudinea omului de filtrare și interpretare a realității înconjurătoare, reușim să păstrăm o direcție clară în cercetare, îndepărtându-ne de complexitatea de sensuri și definiții atribuite în doctrină termenului de *cultură*.

⁴ R.-C. Post, *Law and Cultural Conflict*, Yale Law School, 2001, p. 485.

⁵ B. P. Peter Ludwig, *Understanding Law and Religion as Culture: Making Room for Meaning in the Public Sphere*, Constitutional Forum 15, pp. 10-31.

întreg (cultura) și parte (legea – ipostaza normativă al culturii), considerăm că legea și cultura sunt așezate într-un raport de intercondiționare în care circumstanțele culturale exercită presiuni asupra procesului de reglementare legală iar legea modelează, la rândul ei, gândurile/opiniile oamenilor privitoare la evenimentele sociale. Odată cu enunțarea *tezei intercondiționării cultură-lege* trebuie să avem în vedere caracterul imperfect al relaționării. Evident, relaționarea dintre două concepte științifice purtătoare a unor semnificații atât de complexe nu poate fi redusă la o regulă fără excepții. De la regula pe care o propunem – relaționarea de intercondiționalitate cultură-lege-, statuăm, cu titlu de excepție, *o posibilă teorie a incongruenței*. Suntem de părere că există o teorie a incongruenței aplicată raportului lege-cultură, atunci când, deși există influențe culturale asupra legii, legea încetează să mai fie receptivă dar și atunci când, deși există reglementări legale privind o anumită problemă, cultura rămâne impasibilă.

Teza intercondiționării cultură-lege și reversul său – teoria incongruenței, sunt ilustrative pentru situația drepturilor omului. În acest caz, valorile culturale occidentale precum *individualismul* și *autonomia personală* au exercitat influențe asupra modelării juridice a drepturilor omului; la fel, domnia legii a asigurat dezvoltarea unei culturi a drepturilor omului. Teoria incongruenței devine evidentă dacă îngustăm sfera de cercetare a drepturilor omului la domeniul drepturilor femeii. În acest caz, observăm că există comunități culturale regionale (fenomenul este mai adesea întâlnit în sistemul asiatic și african) care acordă preeminență normativului flexibil (normelor culturale) în detrimentul reglementărilor legale. În acest punct devine evidentă incongruența: deși există reglementări legale care asigură protecția juridică a drepturilor femeii, subzistă, concomitent, practici culturale dăunătoare care încalcă în manieră flagrantă drepturile femeii (*exempli gratia*, practica indiană a *sati-ului*¹, mutilările genitale feminine, privarea de prerogative feminine în domeniul familial). *In extenso*, teoria incongruenței devine cu mult mai articulată înăuntrul dezbaterii generale *universalismul drepturilor omului-relativismul cultural*, respectiv, în *dezbaterea particulară universalismul drepturilor femeii ca drepturi ale omului – relativismul cultural*. Nu este intenția noastră să aprofundăm, în această etapă a lucrării noastre, cele expuse în legătură cu raportul cultură-lege, respectiv în legătură cu modelul explicativ personal pe care îl propunem pentru a surprinde specificul acestui raport. Indicațiile furnizate sunt doar puncte de reper pe care le vom dezvolta în alte secțiuni ale lucrării noastre.

Păstrând tiparul idealist construit până în acest punct, reiterăm următoarele idei: (1) am stabilit că înțelesul culturii să fie regăsit într-un model de conceptualizare care valorizează planul cognitiv, forul intern al individului, respectiv poziția subiectivă a individului față de conceptul dat (viziunea idealistă asupra culturii) dar și modul în care individul interacționează în societate (viziunea constructivistă asupra culturii); (2) am introdus în discuție raportul cultură-lege, comentând dinamica acestuia în două direcții – inter-relaționare și incongruență.

În mod firesc, rămâne să clarificăm semnificația conceptului care obiectivează, în realitate, relaționarea cultură-lege – noțiunea de *cultură legală*. Fiind fideli aceleiași construcții idealiste pe care am folosit-o în explicitarea culturii, ne vom ralia la viziunea interpretativ-subiectivă, expusă anterior, cu scopul de a oferi delimitarea conceptuală a *culturii legale*. Prin analogie, dacă noțiunea de *cultură* se răsfrânge asupra gândurilor, credințelor pe care oamenii le reflectă asupra întâmplărilor din societate, înseamnă că prin *cultură legală* vom înțelege modul în care legea sintetizează/exprimă credințele/gândurile indivizilor vis-a-vis de anumite aspecte sociale. Este vorba mai degrabă, nu atât de modul de sintetizare cât de acțiunea propriu-zisă de a surprinde, în reglementările legale, atitudinea indivizilor față de evenimentele sociale.

¹ Practica *sati-ului* se traduce prin sacrificiul pe care soția îl face la moartea soțului. Soția trebuie să demonstreze iubirea și devotamentul pentru soțul său decedat prin sacrificarea propriei vieți – fie la ceremonia de înmormântare a soțului, fie la o anumită perioadă de timp după ceremonia în cauză.

Apreciem că ține de evidența lucrurilor să tratăm cultura legală în strânsă legătură cu subiectul *valorilor legale* promovate. Dacă avem prezent exemplul sistemului regional european, observăm că în preambulul actelor normative circumscrise acestui plan, există referințe privitoare la *valorile comune împărtășite de statele europene*. Este edificator cazul *Cartei Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene*¹ – document care trasează orientarea Uniunii Europene în materia drepturilor omului și abordează o perspectivă completă pentru faptul că tratează, spre deosebire de *Convenția Europeană a Drepturilor Omului*, drepturi din cele trei generații descoperite în urma delimitării teoretice de profil².

În preambulul său, Carta surprinde particularitățile culturii legale europene prin sintetizarea principalelor valori aflate în sfera sa de protecție: *Popoarele Europei, stabilind între ele o uniune tot mai strânsă, au hotărât să împărtășească un viitor pașnic întemeiat pe valori comune. Conștientă de patrimoniul său spiritual și moral, Uniunea este întemeiată pe valorile indivizibile și universale ale demnității umane, libertății, egalității și solidarității; aceasta se întemeiază pe principiile democrației și statului de drept. Uniunea situează persoana în centrul acțiunii sale, instituind cetățenia Uniunii și creând un spațiu de libertate, securitate și justiție.*

Cele două paragrafe se anunță a avea un caracter programatic stabilind, cu titlu general, tipologia unei culturi europene care apără idealul democratic occidental; o cercetare particulară ne impune să conștientizăm unele trăsături specifice în temeiul cărora caracterul programatic enunțat anterior se validează. Astfel, observăm că idealul normării realizate prin Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene este construirea unui viitor pașnic pentru statele membre care să fie întemeiat pe *valori comune*. Exprimarea este vagă în lipsa unei calificări juridice exprese. Ne referim la faptul că nu este menționat *in expressis verbis* tipologia acestor valori comune, respectiv – ne referim la faptul că textul legal nu menționează dacă valorile comune sunt de natură economică, politică sau culturală. Apreciem că o asemenea mențiune ar fi benefică pentru a putea consolida o înțelegere clară asupra expresiei *cultură legală europeană*. Aceeași problemă o dezbate și Ivic Sanja³, anunțând că este necesar să fie tranșat *tipul valorilor* menționate în preambulul Cartei dar, mai ales, este necesar să fie aduse clarificări în privința caracterului indivizibil și universal al acestor valori. Autorul consideră că limita referitoare la stabilirea expresă a tipologiei valorilor pe care se urmărește întemeierea viitorului pașnic la care aspiră popoarele europene, poate fi depășită în sensul aprecierii că valorile conținute în enumerarea legală (demnitatea, libertatea, egalitatea, solidaritatea) sunt circumscrise sferei politico-civile. Din punctul nostru de vedere, o asemenea interpretare nu este validă și trebuie reconsiderată, problematica stabilirii tipologiei valorilor juridice enunțate în preambulul Cartei rămânând una de actualitate.

În primul rând, considerăm că nu putem lega valorile menționate în preambulul Cartei în mod unilateral de dimensiunea politico-civilă a drepturilor omului. Dacă înțelegem demnitatea umană precum cauza primă a drepturilor omului, este clar că aceasta va fi prezentă în discuția despre drepturi aparținând fiecăreia dintre cele trei dimensiuni ale drepturilor omului consfințite în doctrină⁴: cea politico-civilă, economică, socială și culturală și dimensiunea

¹ Proclamată de Comisia Europeană, Parlamentul European și Consiliul Uniunii Europene la 7 decembrie 2000 în cadrul Consiliului European de la Nisa; Intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona pe 1 decembrie 2009 a oferit Cartei o forță juridică egală cu cea a Tratatelor.

² Avem în vedere cele trei generații de drepturi: (1) drepturi civile și politice; (2) drepturi economice, sociale și culturale; (3) drepturi de solidaritate.

³ I. Sanja, *The four values of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, International Journal of Good Conscience, vol. 4, ISSN 1870-557X, 2009, pp. 278-295.

⁴ Menționăm că în lucrarea *Tratat de drept european al drepturilor omului*, J.F. Renucci avansează clasificarea tripartită a drepturilor omului, recunoscând cele trei generații de drepturi (drepturi civile și politice, drepturi economice, sociale și culturale și drepturi de solidaritate). În opinia autorului citat, clasificarea tripartită prezintă avantajul clarității. Cu toate acestea, sub aspect practic, autorul arată limitele

solidarității. Ultima idee subliniază că valoarea demnității amintită în enumerarea legală nu poate fi asociată (exclusiv) sferei politico-civile deoarece, demnitatea este o valoare juridică ce poate fi cu ușurință racordată la problemele aferente cadrului economico-social și cultural (*exempli gratia* aspectele legate de combaterea sărăciei) dar și la problemele aferente drepturilor de generația a treia (de solidaritate, *exempli gratia* – dreptul la pace).

În altă ordine de idei, un element esențial pentru definirea culturii legale europene în varianta propusă de Cartă este primatul individului. Preambulul Cartei afirmă direct că *Uniunea situează persoana în centrul acțiunii sale*, constituind o paradigmă¹ de abordare a drepturilor omului orientată spre individualism.

În sens contrar, în sistemul asiatic și african de protecție a drepturilor omului, perspectiva culturii legale este mai degrabă orientată către comunitarism decât către individualism. Înăuntrul celor două sisteme juridico-culturale amintite experiența colonialismului a amprentat modul de conceptualizare și înțelegere a culturii legale, aspect reflectat și în sublinierea rolului pe care comunitatea îl arogă în construirea personalității individuale. *Exempli gratia*, *Carta Asiatică a Drepturilor Omului*² realizează, în Preambulul său, o conexiune directă între valorile, drepturile și libertățile omului și asuprirea popoarelor asiatice urmare a intoleranței manifestată încă din perioada colonială și resimțită și în perioada modernă. Cu privire la acest aspect, preambulul Cartei menționează: *Pentru o lungă perioadă de timp, în special în perioada colonială, popoarele asiatice au suferit grave violări ale drepturilor și libertăților lor. Astăzi, majoritatea popoarelor asiatice continuă să fie exploatate și asuprite și multe dintre societățile noastre sunt divizate de ură și intoleranță. Din ce în ce mai mult, oamenii conștientizează că pacea și demnitatea sunt posibile numai în măsura în care drepturile egale și inalienabile ale persoanelor și grupurilor sunt recunoscute și protejate.*

În mod similar, *Carta Africană a Drepturilor Omului și a Popoarelor*³ propune o *cultură legală centrată pe valorile comunitare*, menționând în Preambul promisiunea de a înlătura orice formă de colonialism care stă în calea exercitării drepturilor popoarelor, și care limitează, în mod implicit, lupta popoarelor pentru independență și demnitate. Mai mult, Preambulul Cartei subliniază ideea că exercitarea drepturilor și libertăților este o premisă ce poate fi îndeplinită doar dacă, în revers, fiecare individ înțelege necesitatea de a își îndeplini obligațiile corelative. Carta Africană sancționează o cultură legală care responsabilizează individul în mod diferit decât modelul individualist propus de sistemul european. Dacă în Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, era specificată ideea conform căreia individul este centrul spre care se îndreaptă toate acțiunile Uniunii, Carta Africană responsabilizează fiecare om în sensul îndeplinirii obligațiilor corelative drepturilor de care beneficiază astfel încât, în sistem de compensație, acesta să se bucure în mod nestingherit de drepturile și libertățile sale. Este interesant de observat că, în Capitolul II, art. 27 din Carta Africană, obligațiile individului sunt structurate în 5 dimensiuni: (1) obligațiile față de familie, (2) față de societate, (3) obligațiile indivizilor față de stat, (4) obligațiile față de alte comunități legal recunoscute precum și (5) obligațiile față de comunitatea internațională.

Cultura legală a comunitarismului se desprinde în mod implicit din contextul legal propus de principalele documente juridice din domeniul protecției drepturilor omului, remarcându-se

acestei clasificări teoretice: evoluția drepturilor omului trebuie să fie mereu luată în considerare în vederea adaptării clasificării. În aceste condiții, poate fi formulată inclusiv cea de-a patra categorie de drepturi: drepturile prin care se urmărește protejarea demnității umane de abuzurile științei (J.F. Renucci, *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Ed. Hamangiu, București, 2009, pp. 80-82).

¹ Folosim noțiunea de *paradigmă* în sensul originar utilizat de Thomas Kuhn în lucrarea *Structura Revoluțiilor Științifice*: un exemplu standard legat de o problemă care este recunoscut ca valid de comunitatea științifică.

² Proclamată la Kwangju, Coreea de Sud, la 17 mai 1998.

³ Proclamată la Nairobi la 27 iunie 1981 și intrată în vigoare la 21 octombrie 1986.

originalitatea acestor texte de lege. De asemenea, trebuie să remarcăm că valoarea comunitarismului (înțelesă în termenii relaționării/atașamentului dintre individ și comunitatea de care acesta aparține) este remarcată nu doar în latura rezervată obligațiilor pe care individul trebuie să le îndeplinească. Alineatul (2) al art. 27 din Carta Africană pune în relație individul cu societatea de care aparține însă, de această dată, relația individ-comunitate este așezată într-o logică a drepturilor. Pentru claritate, cităm textul așa cum este consacrat de Cartă: *Drepturile și libertățile fiecărui individ vor fi exercitate cu respectul cuvenit pentru exercitarea drepturilor altora, pentru securitatea colectivă, pentru moralitatea și interesul comun.* În consecință, limita exercitării drepturilor și libertăților individuale este particulară în cultura legală africană, fiind vorba despre respectarea drepturilor altor indivizi, respectarea securității colective, moralitatea și interesul comun. În sistemul valorilor europene, individualismul propune ca, principalele limite trasate în relație cu prerogativele cetățenilor să fie circumscrise ocrotirii interesului statal, securității statale și, în plan secund, ocrotirii interesului celorlalți particulari, logica fiind diferită față de cea propusă de sistemul african.

Dacă privim înapoi spre Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, comunitarismul dispare; sub titlul *Solidarității* sunt așezate prevederi menite să lărgască sfera de acțiune a individului, fiind garantate drepturi și libertăți încadrate în dimensiunea celei de-a doua generații de drepturi. Sunt amintite mai ales drepturi aferente domeniului muncii (art. 27 – Dreptul lucrătorilor la informare și la consultare în cadrul întreprinderii; art. 28 – Dreptul de negociere și de acțiune colectivă; art. 29 – Dreptul de acces la serviciile de plasament; art. 30 – Protecția în cazul concedierii nejustificate; art. 31 – Condiții de muncă echitabile și corecte; art. 32 – Interzicerea muncii copiilor și protecția tinerilor la locul de muncă). O dimensiune restrânsă este alocată unor aspecte particulare celor deja circumscrise dimensiunii sociale (art. 34 – Securitatea socială și asistența socială) iar în partea finală a Titlului IV – Solidaritatea, sunt menționate prerogative ca: Viața de familie și viața profesională (art. 33); Protecția sănătății (art. 35); Accesul la serviciile de interes economic general (art. 36); Protecția mediului (art. 37); Protecția consumatorilor (art. 38).

În rândurile de mai sus ne-am propus să argumentăm o perspectivă hibridă – idealistă și constructivistă asupra culturii pe care o vom reitera pe parcursul prezentului studiu în vederea argumentării altor idei conexe. În sinteză, reamintim că din punctul nostru de vedere, noțiunea *cultură* reprezintă o concepție subiectivă, interpretativă pe care individul o are asupra evenimentelor sociale, concepție subiectivă care *se construiește* în funcție de modul în care individul interacționează în societate conform cu forul său interior. *In extenso*, *cultura legală* arată că legea trebuie să cuprindă opiniile indivizilor unei societăți vis-a-vis de faptele și valorile sociale. Demonstrația modului în care valorile sociale influențează modelul de reglementare propus într-o anumită comunitate a fost realizată cu ocazia analizei documentelor juridice de mai sus.

○ I.2. *Cultura drepturilor omului. Analiza tensiunii dintre universalismul¹ drepturilor omului și relativismul cultural*

După cum am demonstrat în disertația de mai sus, paradigma idealistă (alături de cea constructivistă), este aptă să explice sensul noțiunilor *cultură* și *cultură legală* – noțiuni care se disting prin dificultățile de conceptualizare și operaționalizare – pe care, de asemenea, le-am invocat. Vom aplica același tipar de analiză și pentru căutarea și aflarea sensului noțiunii de

¹ Pe parcursul lucrării noastre, noțiunea de *universalism* va fi utilizată alături de noțiunea *universalitate* în relație cu teoria drepturilor omului, pentru a arăta caracterul sau însușirea conceptului drepturilor omului de a avea aplicabilitate universală.

cultură a drepturilor omului pentru ca, ulterior, să tranșăm conflictul universalism/relativism cultural care planează în legătură cu noțiunea de cultură a drepturilor omului.

Cercetarea etimologică de bază a noțiunii de *drepturi ale omului* duce la ideea conform căreia drepturile omului sunt prerogative atribuite ființei umane în temeiul umanității care îi este inerentă¹. Deși o atare abordare poate părea simplistă pentru a comensura complexitatea expresiei-cheie *drepturi ale omului* – noi rezonăm la aceasta din rațiuni de sistematizare. Pornind de la argumentul umanității deținute de fiecare individ în parte în temeiul naturii sale, sunt subînțelese atributele drepturilor omului statornicite în literatura de specialitate în câteva direcții majore: (1) *universalitate* – drepturile omului se cuvin tuturor ființelor umane; (2) din universalitate extragem atributele *egalității* (umanitatea din individ este aceeași pentru toți indivizii, fără distincție) și *inalienabilității* (omului nu i se poate înstrăina umanitatea pentru că, după cum deja am specificat, aceasta îi este inerentă)².

În lumina ideilor expuse până în acest punct, modul principal de sintetizare a *culturii drepturilor omului* poartă asupra tezei *universalismului drepturilor omului*. Acestea din urmă i se opune teza *relativismului cultural* care neagă universalismul drepturilor omului, stabilind că drepturile omului sunt realități cultural-dependente, acestea neputând fi concepute precum absolute și imutabile. Susținătorii relativismului cultural provin, în majoritate, din rândurile teoreticienilor care aparțin sistemelor regionale adevărate ale culturii legale a comunitarismului (descrisă în rândurile cuprinse în secțiunea anterioară). Așadar, în comunitățile africane și asiatice, urmare a experiențelor coloniale, s-a formulat *prioritatea păstrării identității naționale prin instrumentarea factorului cultural*. Soluția prefigurată pentru îndeplinirea obiectivului de a depăși experiențele coloniale a constă în absolutizarea dimensiunii culturale a comunității de origine și relativizarea drepturilor omului. Cu alte cuvinte, drepturile omului sunt acceptate și promovate în sistemele regionale africane și asiatice atât timp cât acestea nu intră în conflict cu normele culturale impuse prin practica socială (reguli culturale pe care, în prima parte a lucrării le-am numit *normativ flexibili*). Odată specificat contextul în care ființează polemica dintre universalismul drepturilor omului și relativismul cultural, se cuvine să enunțăm premisele proprii fiecărei orientări, pentru ca, în cele din urmă, să găsim sensul în care trebuie să fie tranșată polemica. Încă de la început, se cuvine să afirmăm predilecția noastră pentru soluția avansată de teza universalismului drepturilor omului, cu toate că teza amintită necesită unele precizări suplimentare pentru a produce *efectul armonizării* – înțeles în termenii unui compromis între respectul pentru dreptul la identitate al membrilor comunităților culturale și aplicabilitatea universală a drepturilor omului.

Un prim argument în favoarea universalismului drepturilor omului este *unitatea ontologică* pe care drepturile omului se întemeiază. Explicăm unitatea ontologică prin apel la ceea ce este specific omului în mod absolut, dincolo de condiționările geografice, istorice sau culturale. Cu alte cuvinte, unitatea ontologică a drepturilor omului se întemeiază pe unele valori *transculturale* care nu pot fi negate în funcție de contextul comunitar la care ne referim (*exempli gratia*, demnitatea umană, dreptul la viață, dreptul la pace).

În al doilea rând, universalismul drepturilor omului impune o soluție echitabilă care să acomodeze diversitatea culturală. Este demn de menționat că în teoria drepturilor omului se înscriu și *drepturile culturale* sau *dreptul la identitate* – prerogative care, conjugate, asigură premisele diversității culturale. Cu toate acestea, logica discursului nostru impune ca, din motive de claritate, să abordăm aceste aspecte într-o secțiune distinctă a lucrării noastre care

¹ În sens similar se pronunță Jack Donnelly din dorința de a simplifica conceptualizarea drepturilor omului pentru a opera mai ușor în sensul soluționării conflictului dintre universalismul drepturilor omului și relativismul cultural, *The Relative Universality of Human Rights*, Human Rights Quarterly, vol. 29, number 2, May 2007, pp. 281-306.

² *Ibidem*.

va fi centrată pe găsirea unor echivalențe juridice ale aspectelor expuse în această primă parte introductivă.

Revenind la soluția propusă de teza universalismului drepturilor omului, aceasta a fost susținută în doctrină de Thomas Gil¹ și presupune că drepturile omului impun *un standard universal minim de corectitudine și justiție* care transcende divergențele interculturale. După cum am anticipat în momentul abordării aspectului unității ontologice a drepturilor omului, soluția standardului minim universal de respectat impus de drepturile omului se referă la cerințe ale conviețuirii umane demne de necontestat prin reguli culturale (dreptul la viață, dreptul la demnitate, dreptul la egalitate). Interpretând extensiv standardul etic minimal al teoriei lui Thomas Gil, considerăm că universalismul drepturilor omului poate fi rezumat simplu, în ideea *primum non nocere* de natură ca abținerea individului de la a face rău altcuiva să fie fundamentul garantării drepturilor omului – un fundament neutru față de exigențele culturale ale comunităților umane și care, în consecință, nu poate fi desconsiderat pe criterii culturale.

Pe de altă parte, universalismul drepturilor omului a fost consacrat prin documente și poziții legale oficiale asumate de comunitatea internațională de la momentul Declarației Universale a Drepturilor Omului² și până la declararea expresă a valorii universale a drepturilor omului în Declarația de la Viena adoptată urmare a lucrărilor Conferinței Internaționale a Drepturilor Omului din 1993.

În sens contrar, relativismul cultural se opune tendinței de universalizare a drepturilor omului, concretizându-se, după cum remarcă Jack Donnelly³, în două forme: (1) *relativismul cultural puternic* – care prezintă factorul cultural precum principala sursă de validare a regulilor și normelor de drept aplicabile în societate și (2) *relativismul cultural slab* – care recunoaște cultura ca un posibil factor ce influențează validitatea morală a unui drept sau a unei reguli sociale. Evident, dintre cele două forme enunțate, prima este așezată în contradicție evidentă cu teza universalismului drepturilor omului.

Relativismul cultural critică universalitatea drepturilor omului în temeiul unei teze remarcabile, din punctul nostru de vedere, prin fragilitate argumentativă. În primul rând, relativismul cultural pledează în favoarea absolutizării culturii unei comunități date, transformând-o pe aceasta în sursă centrală a garantării identității comunității respective, îndepărtându-se de teoria drepturilor omului – care este privită dincolo de prevederile sale fundamentale, destinate a accentua universalitatea umană. Lipsită de sensul său central, teoria drepturilor omului apare ca un construct al Occidentului, al cărui rol este acela de a menține hegemonia asupra statelor practicante ale comunitarismului. Drepturile omului rămân pentru relativității culturale, *doar o teorie* care se inspiră din istoria unui anumit spațiu geografic, din experiența unor anumite popoare, din istoria unor circumstanțe specifice⁴. Apreciem argumentul expus ca neîntemeiat; dacă am admite argumentul de față înseamnă că în mod implicit, am admite că evoluția culturii juridice occidentale a fost una exclusiv bazată pe valorile democrației și ale statului de drept. De asemenea, dacă am identifica drepturile omului cu un construct al Occidentului care se dorește a fi exportat în statele fidele relativismului cultural înseamnă că am subscrie la o viziune utopică potrivit căreia sistemele juridice europene nu au cunoscut încălcări ale drepturilor omului, conștientizând încă dintr-un *illo tempore* nevoia

¹ T. Gil, *La Diversité culturelle et la rationalité des droits de l'homme*, în *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, H. Pallard și S. Tzistzis (Directeurs), Maison d'Édition L'Harmattan, Paris, 1996 pp. 141-148.

² Document cu valoare morală, adoptat la 10 decembrie 1948 prin rezoluția 217 A în cadrul celei de-a treia Sesiuni a Adunării Generale a Organizației Națiunilor Unite.

³ J. Donnelly, *Cultural Relativism and Universal Human Rights*, *Human Rights Quarterly*, vol. 6, Number 4, 1984, pp. 400-419.

⁴ *Ibidem*.

garantării juridice a drepturilor omului. Evident, realitatea istorică-socială afirmă încălcări ale drepturilor omului petrecute pe teritoriul occidental, însăși Declarația Universală a Drepturilor Omului fiind opera politico-juridică a atrocităților comise ulterior celui de-al Doilea Război Mondial.

În al doilea rând, probarea universalității drepturilor omului și implicit negarea relativismului cultural trebuie să ia în considerare alte două aspecte: (1) universalismul drepturilor omului *nu presupune o apreciere cantitativă ci una calitativă*; (2) *teoria drepturilor omului nu estompează identitatea culturală a unei comunități dacă elementul cultural este interpretat în mod dinamic, evolutiv*.

Pentru a explica primul aspect, ne vom reîntoarce către exemplul formulării *Declarației Universale a Drepturilor Omului*. Universalitatea acestui din urmă document nu poate fi contestată prin critica pe care statele fidele relativismului cultural o aduc valorilor prezentate în conținutul său. Universalitatea ține de *adevărul universal* evocat de valorile cuprinse în Declarație, nu de factorul cantitativ al numărului de state care recunosc acea valoare¹. Vom extinde analiza Declarației Universale a Drepturilor Omului dincolo de prima premisă enunțată în paragraful de față. Astfel, deși construcția *analiză cantitativă-analiză calitativă* pe care am explicat-o anterior se validează, există voci doctrinare² care susțin că prin însuși factorul cultural pe care nu îl integrează suficient Declarația Universală a Drepturilor Omului nu trebuie să fie acceptată ca document care să se aplice întregii omeniri. Motivația principală a acestui punct de vedere este una de factură sociologico-antropologică și constă în faptul că în prezent, drepturile omului nu pot fi dedicate unei singure culturi sau aspirațiilor unui singur popor; o atare situație ar duce la frustrări și la non-realizarea personalității ființei umane. De ce un atare scenariu sumbru atașat universalismului drepturilor omului? Răspunsul a fost deja conturat în rândurile de mai sus. Culturile non-vestice au înțeles recunoașterea universalității drepturilor cuprinse în Declarație ca o reîntoarcere la imperialism. Contextul dat anunță un paradox iminent: Declarația Universală a Drepturilor Omului statuează valori precum solidaritatea și fraternitatea dar, impune, în același timp, o nouă formă de imperialism. După cum am mai subliniat în alte puncte ale disertației noastre, universalismul drepturilor omului nu echivalează unei alte forme de dominații pe care Occidentul încearcă să o afirme în relație cu celelalte comunități. Universalismul drepturilor omului presupune că teoria drepturilor omului se fundamentează pe unele valori trans-culturale precum demnitate umană, justiție socială, autonomie personală. În acest context, universalismul drepturilor omului nu este (după cum deja am afirmat mai sus) o nouă formă de dominație impusă la nivel global ci, apare mai degrabă ca o ilustrare a experiențelor pe care comunitatea occidentală le-a avut în cursul devenirii sale.

Pentru a explica cel de-al doilea aspect pe care l-am enunțat ca fiind legat de probarea universalismului drepturilor omului, dorim să îmbrățișăm ideea abordată în doctrină conform căreia, *spre deosebire de ideile juridice, ideile umane asupra culturii nu oferă privilegiul unei poziții absolute*³. Teoria drepturilor omului în paradigma universalismului prezintă cultura ca pe un set de relații ajustabile, negociabile, aidoma unui construct social, în timp ce teoria, drepturilor omului în paradigma relativismului cultural prezintă cultura în mod monolitic, absolut, ca pe un element static a cărui valoare și formă de manifestare rămân aceleași, independent de circumstanțe.

¹ Pentru mai multe detalii, a se consulta H. Küng, K. -J. Kuschel (Editeurs.), *A Global Ethic. The Declaration of the Parliament of the World's Religions*, SCM Press, London Continuum, New York, 1993.

² A. B. Preis, *Human Rights As Cultural Practice: An Anthropological Critique*, *Human Rights Quarterly*, vol. 18, number 2, 1996, pp. 286-315.

³ *Ibidem*.

În discursul său, *Universalité Des Droits De L'Homme, Diversité Des Religions et des Cultures*, François Becker adresează direct problema segregării drepturilor omului între cele două orientări – universalism și relativism cultural propunând compromisul *universalismului polifonic*. Pentru a își explica conceptul propus, autorul apelează la un trop juridic, afirmând că noțiunea de *drepturi ale omului* se bucură de o universalitate specifică, de natură polifonică, dat fiind faptul că, noțiunea aceasta exprimă aceleași valori în culturi diferite (aidoma ideii susținute de noi aferentă ansamblului de valori trans-culturale propuse de teoria drepturilor omului). Rezultatul constă în a armoniza între ele valorile diferite promovate de drepturile omului astfel încât acestea să comporte o coerență internă, o logică de sine stătătoare care se auto-validează.

Din punctul nostru de vedere, observațiile aduse de autor sunt raportate la o altă limită – cea a manierei diferite de înțelegere a expresiei *drepturi ale omului*. Pornim de la premisa că fiecare termen are o modalitate particulară de conceptualizare, o modalitate particulară de a fi înțeleasă de indivizi, în fiecare cultură în parte. Dacă reiterăm gândul sub auspiciile căruia am început disertația noastră – acela conform căruia cultura legală constă în gândurile (modalitățile de înțelegere) pe care indivizii le atașează valorilor juridice și, implicit realității sociale – înseamnă că, prin factorul cultură, valorile promovate de drepturile omului pot fi înțelese diferit. Înțelegerea diferită a valorilor prezentate de teoria drepturilor omului pare a fi o limită insurmontabilă. În acest punct intervine *universalimul polifonic* (termen utilizat de Becker în discursul său) pentru a transforma inconvenientul înțelegerii diferite a valorilor promovate de drepturile omului într-un avantaj. Avantajul constă în aceea că drepturile omului exprimă valori care pot fi înțelese diferit în funcție de contextul cultural atât timp cât se păstrează acel standard minim garantat (invocat anterior) în domeniul protecției persoanei (ne referim la respectul pentru drepturile fundamentale – dreptul la viață, dreptul de a fi tratat cu demnitate). În acest sens, observația care se impune constă în aceea că universalitatea drepturilor omului nu presupune *uniformitate ci integrarea diferențelor* astfel încât acestea să fie armonizate.

În esență, în rândurile de mai sus am urmărit explicarea conceptului *culturii drepturilor omului* conform modelului mixt idealist-constructivist care ne oferă abordarea generală a lucrării. Cultura drepturilor omului va fi înțeleasă, și în acest caz, precum modul în care individul înțelege reglementările în domeniu și faptele sociale care cad în sfera reglementărilor în cauză în urma interacțiunilor sociale construite. Cu toate acestea, există unele mențiuni pe care le apreciem ca fiind necesare: (1) oricare ar fi experiența individului în plan social și oricare ar fi interacțiunile sociale pe care acesta le construiește, cultura comunității de apartenență nu poate invalida valorile trans-culturale circumscrise teoriei drepturilor omului; în caz contrar, cultura drepturilor omului nu ar mai fi, în interpretarea pe care o propunem, o *sumă de idei individuale ci o sumă de contradicții*; (2) teoria drepturilor omului se bucură de un universalism aparte – un universalism care nu uniformizează ci armonizează prin celebrarea și integrarea diferențelor. O abordare contrară, ar crea inadvertențe în structura logică a teoriei drepturilor omului. Mai clar, cum ar putea exista o teorie care are circumscrise, în conținutul său, drepturile culturale și dreptul la identitate dacă aceasta neagă, *de plano*, orice manifestare personală a indivizilor?

○ I.3. Cultura drepturilor femeii. O aplicație particulară a tensiunii dintre universalismul drepturilor omului și relativismul cultural

Cultura drepturilor femeii aduce în lumină aspecte complexe care presupun luciditate și prudență științifică în abordare. În primul rând, cultura drepturilor femeii s-a impus ca o realitate epistemologică pentru că a fost dat un răspuns clar interogației care domina sfera

cercetării științifice încă din momentul cristalizării teoriei drepturilor omului: *sunt drepturile femeii drepturi ale omului?*

Deși poate părea un demers juridic redundant, întrebarea menționată anterior este legitimată pe fondul unor dezbateri doctrinare care erau determinate de o interpretare etimologică defectuoasă a conceptului de drepturi ale omului (*human rights, les droits de l'homme* – drepturile bărbatului). Contextul patriarhal a permis o interpretare în favoarea segmentului masculin a expresiilor *human rights, les droits de l'homme*, transformând femeile în subiecte de drept a căror protecție juridică era incertă. Incertitudinea protecției juridice a drepturilor femeii era subliniată și de dihotomia sfera publică/sfera privată, fiind notoriu faptul că reglementările legale erau orientate, în forma lor inițială, spre protecția individului în sfera publică, neglijând încălcările drepturilor omului din sfera privată.

Scopul prezentului sub-punct al lucrării nu este doar acela de a demonstra că *drepturile femeii sunt drepturi ale omului* deși probarea acestei afirmații este miza fundamentală a culturii drepturilor femeii. Astfel, vom urmări să abordăm și aspecte specifice, care sunt conexe dezbaterii universalism-relativism. Dezbaterea universalism-relativism cultural presupune un cadru de analiză specific – motiv pentru care ne vom referi preponderent la cadrul internațional de garantare a drepturilor femeii, reprezentative în acest sens fiind *Declarația Universală a Drepturilor Omului* și *Conferințele Internaționale* care au abordat direct problema drepturilor femeii, urmărind finalmente recunoașterea drepturilor femeii ca drepturi ale omului.

Declarația Universală a Drepturilor Omului este punctul de plecare în sistematizarea ideilor care exprimă esența culturii drepturilor femeii, la fel ca și în cazul discuției asupra culturii drepturilor omului. Observăm că Declarația trasează un cadru general al protecției drepturilor omului, fără a stabili prerogative exprese în privința drepturilor femeii. Dacă urmărim argumentația expusă mai sus, drepturile femeii au fost marginalizate în prevederile Declarației, accentul căzând mai degrabă asupra drepturilor exercitate în sfera publică – spațiu dedicat prin tradiție sferei exercitării puterii masculine.

Din cele 30 de articole ale Declarației, observăm că mențiuni ale sferei private sunt dezvoltate preponderent în două texte: art. 12 (*Nimeni nu va fi supus la imixțiuni arbitrare în viața sa personală, în familia sa, în domiciliul său sau în corespondența sa, nici la atingeri aduse onoarei și reputației sale. Orice persoană are dreptul la protecția legii împotriva unor asemenea imixțiuni sau atingeri*) și art. 16 (1. *Cu începere de la împlinirea vârstei legale, bărbatul și femeia, fără nici o restricție în ce privește rasa, naționalitatea sau religia, au dreptul de a se căsători și de a întemeia o familie. Ei au drepturi egale la contractarea căsătoriei, în decursul căsătoriei și la desfacerea ei. 2. Căsătoria nu poate fi încheiată decât cu consimțământul liber și deplin al viitorilor soți. 3. Familia constituie elementul natural și fundamental al societății și are dreptul la ocrotire din partea societății și a statului.*)

Articolul 25 alin. (2) constituie singurul text care face referire expresă la protecția femeii în calitate de mamă: *Mama și copilul au dreptul la ajutor și ocrotire deosebite. Toți copiii, fie că sunt născuți în cadrul unei căsătorii sau în afara acesteia, se bucură de aceeași protecție socială.*

Sigur că utilitatea celor două texte ale Declarației nu poate fi negată, în primul caz, fiind abordată direct problema ocrotirii vieții private în timp ce, în cel de-al doilea caz, se asigură egalitatea între genuri în contextul instituției căsătoriei. Cu toate acestea, unele observații se impun: (1) în cazul art. 12, libertatea de care individul beneficiază cu privire la viața sa privată a fost interpretată adesea în sensul lipsei de intervenție a autorităților statale în cauze care privesc încălcarea drepturilor femeii (*exempli gratia* violența domestică); în acest context, mișcarea feministă a formulat crezul *ceea ce este privat este și politic*; (2) în privința art. 16, aspectele legate de vârsta legală a bărbatului și femeii de a contracta căsătoria, cele privitoare la consimțământul liber și deplin al viitorilor soți la încheierea căsătoriei, precum și aspectele ce țin de egalitatea dintre soți la încheierea, în decursul și la desfacerea căsătoriei nu sunt întru

totul convergente cu art. 27 din Declarație, alin. (1), prima teză: *Orice persoană are dreptul de a lua parte în mod liber la viața culturală a colectivității (...)* În continuare, odată cu supunerea la analiză a art. 16 alin. (1), prima teză observăm că dispozițiile citate sunt dificil de conciliat cu prevederile art. 18 din Declarație prima teză. Prin juxtapunere, divergența dintre cele două texte este evidentă: *Cu începere de la împlinirea vârstei legale, bărbatul și femeia, fără nici o restricție în ce privește rasa, naționalitatea sau religia, au dreptul de a se căsători și de a întemeia o familie* (art. 16) și *Orice om are dreptul la libertatea gândirii, de conștiință și religie* (art. 18). Pentru claritate, vom face următoarea mențiune: divergența dintre cele două texte rezidă în faptul că nu putem exclude factorul religios din procesul de stabilire a vârstei nubile din moment ce, în unele comunități religioase vârsta nubilă se stabilește în baza invocării prescripțiilor dreptului canonic¹, iar art. 18 consacră libertatea de gândire, conștiință și religie a fiecărui individ.

Pe de altă parte, reamintim că Declarația Universală a Drepturilor Omului nu consacră în mod expres diversitatea culturală însă acordă dreptul fiecărui individ de a participa în mod liber la viața culturală a comunității din care face parte. Acest punct este de interes major pentru protecția juridică a drepturilor femeii în contextul dezbaterii universalismul drepturilor omului – relativismul cultural. Miza statelor democratice constă în asigurarea diversității culturale deoarece multiculturalismul este o garanție a protejării drepturilor minorităților și a identității culturale a acestora. La rândul său, comunitățile minoritare dețin miza centrală a afirmării elementelor *sui generis* pentru a putea contracara tendințele de asimilare ale culturii majoritare. Protecția comunităților minoritare se manifestă prin acordarea, pe cale legală, a libertății de practicare a propriilor ritualuri, tradiții, credințe.

Revenind la Declarația Universală a Drepturilor Omului și reiterând perspectiva idealistă asupra culturii pe care am explicat-o în debutul studiului nostru, observăm că, deși nu este reglementat *in expressis verbis*, dreptul la diversitate culturală este garantat prin coroborarea următoarelor texte: art. 18 – *Orice om are dreptul la libertatea gândirii, de conștiință și religie; acest drept include libertatea de a-și schimba religia sau convingerea, precum și libertatea de a-și manifesta religia sau convingerea, singur sau împreună cu alții, atât în mod public, cât și privat, prin învățătură, practici religioase, cult și îndeplinirea riturilor*; art. 19 – *Orice om are dreptul la libertatea opiniilor și exprimării; acest drept include libertatea de a avea opinii fără imixtiune din afară, precum și libertatea de a căuta, de a primi și de a răspândi informații și idei prin orice mijloace și independent de frontierele de stat*.

Informațiile expuse lasă să se întrevadă un paradox: protejarea drepturilor minorităților culturale este, după cum am arătat, o necesitate democratică însă există o soluție agreată de societatea democratică în ipoteza în care minoritățile culturale invocă prerogativele de manifestare a specificului lor cultural și, în temeiul acestora încalcă drepturile femeii?

Literatura de specialitate² remarcă două modele care caracterizează raporturile dintre cultură și drepturile omului: (1) *modelul segregării stat-religie* (înlăuntrul căruia religia ca element cultural nu exercită influențe asupra reglementărilor statale, acționând asupra drepturilor omului pe cale non-formală sub forma normativului flexibil despre care am discutat în debutul lucrării) și (2) *modelul relațiilor de autoritate stat-religie* (în temeiul căruia nu doar că există o normă culturală/religioasă dar aceasta are și preeminență asupra normei de drept).

¹ D.M. Smolin, *Will International Human Rights Be Used As A Tool Of Cultural Genocide? The Interaction Of Human Rights Norms, Religion, Culture and Gender*, Cumberland Law School, pp. 1-23.

² N. Khan, *Women's Rights in Conflict With People's Cultural Autonomy: Problems of Cultural Accommodation*, World Academy of Science, Engineering and Technology International Journal of Social, Management, Economics and Business Engineering vol. 8, number 7, 2014, pp. 2109-2118.

Cel din urmă model doar pare a corespunde standardelor democratice dat fiind faptul că acceptă diferențele religioase; *totuși, un aspect inedit se cristalizează în situația în care modelul impune subordonarea esenței drepturilor omului ideii respectării normelor religioase, determinând ca materiile legate de dreptul familiei să fie guvernate de normele culturale și nu de legea laică.* În măsura în care normele culturale înfrâng drepturile femeii, legitimitatea democratică a celui de-al doilea model este pusă în discuție.

Un exemplu concludent poate fi desprins din jurisprudența indiană, respectiv din celebrul caz al lui *Shah Bano*¹ care a abordat în mod direct problema violării drepturilor femeii pe considerente culturalo-religioase. Cazul aduce în discuție următoarea situație de fapt: Shah Bano – reclamanta din speță este o femeie adeptă a religiei musulmane care a fost divorțată de soțul ei, în absența voinței proprii și în temeiul voinței unilaterale a soțului – situație permisă potrivit normelor de drept musulman numite *talaq*². În urma divorțului, Shah Bano a apelat la Curtea competentă pentru a obține un decret de plată a pensiei alimentare în favoarea sa, din partea fostului soț. Observăm că temeiul juridic în baza căruia Shah Bano a apelat Curtea se regăsește în dispozițiile dreptului canonic (dreptul musulman) care permite ca femeia divorțată să pretindă de la soțul care a apelat la practica *talaq*-ului să beneficieze de o pensie alimentară pe o perioadă de trei luni de la data divorțului (procedură numită *iddat*). Mai mult, potrivit legii laice, femeia divorțată are dreptul de a solicita susținere materială din partea soțului atât timp cât aceasta nu se poate întreține singură sau nu se recăsătorește. *Este demn de menționat că legea laică indiană suferă influențe din partea factorului cultural, cu atât mai mult cu cât cuprinde, înlăuntrul său, dispoziții ale dreptului religios.* Această realitate juridică a Indiei este posibilă în temeiul art. 26 din Constituția Indiei care permite ca statul să aibă libertate în organizarea afacerilor religioase pentru fiecare sectă/cult/grupare recunoscut(ă). Curtea s-a pronunțat în favoarea reclamantei Shah Bano în sensul în care fostul soț al acesteia este obligat să îi plătească o taxă lunară de întreținere. Presiunea exercitată de comunitatea culturală musulmană a fost atât de mare încât, la un an de la data pronunțării deciziei de către Curtea Supremă, Parlamentul a anulat decizia Curții și a adoptat Actul de Protecție a Drepturilor Femeilor Musulmane în caz de divorț. Noul act nu mai prevedea prerogativa femeii musulmane de a apela la Curtea de justiție pentru a își ocroti dreptul la întreținere în caz de divorț. De asemenea, actul exonera fostul soț de orice obligație de întreținere față de fosta soție.

Un alt exemplu edificator al modelului relațiilor de autoritate stat-religie în care religia domină norma laică este ilustrat și în Pakistan. Religia fundamentală a statului este Islamul și, în temeiul modelului relațiilor de autoritate care este promovat în Pakistan, religia islamică are preeminență asupra normei laice. Deși există garanții constituționale menite să ocrotească cetățenii indiferent de gen (ne referim în acest caz la dispozițiile art. 9 – *Nici o persoană nu va fi privată de viață sau libertate în acord cu dispozițiile legale și 25 – Toți cetățenii sunt egali în fața legii și au dreptul la o protecție egală a legii; nu va exista discriminare bazată exclusiv pe sex*), realitatea faptică este alta. Cât privește sistemul penal al Pakistanului, acesta se fundamentează pe regulile impuse în perioada colonială. Cu toate acestea, în timp, reforma sistemului penal a determinat îndepărtarea de prevederile coloniale mai flexibile și apropierea de dreptul islamic. Mai clar, începând din 1978, Legea Sharia a fost ridicată la nivelul legii laice, surclasând-o pe aceasta din urmă, iar dreptul cutumiar a fost ridicat la rangul de lege scrisă a statului. De pildă, în perioada 1990-1997, a fost introdusă regula *Qisas* potrivit căreia pentru dovedirea unei crime este necesară prezența a doi martori de gen masculin. Reformarea sistemului penal al Pakistanului în sensul încorporării normelor islamice a antrenat condiții mai bune pentru

¹ Case *Mohammad Ahmed Khan vs. Shah Bano*, case no. 16, Supreme Court of India, Judgement 23 April 1985.

² Expresia *talaq* desemnează procedura în temeiul căreia soțul poate divorța de soția sa prin rostirea formulei de divorț în trei rânduri consecutive.

săvârșirea de violențe împotriva femeilor în spațiul privat. În acest sens, pedepsirea actelor de violență împotriva femeilor rămânea la nivelul de *ficțiune juridică* pentru că adesea nu se îndeplinea condiția evocată anterior – condiția celor doi martori de gen masculin¹.

În altă ordine de idei, în societatea pakistaneză sunt practicate *crimele de onoare*² pornind de la considerentele înscrise în dreptul canonic musulman – dintre care, cel dintâi constă în acela că femeile sunt principalele gardiene ale culturii și acestea trebuie să se supună normelor culturale pentru a fi acceptate ca membri ai comunității. Crimele de onoare legitimează membrii de gen masculin ai familiei să ucidă femeile care sunt prezumate a fi încălcat legile canonice în scopul restabilirii demnității familiei. Crimele de onoare sunt încurajate de sistemul penal pakistanez din considerente culturale, fiind relevantă opinia exprimată de Curte în privința unei atare situații juridice: *în Pakistan întâlnirea sau convorbirea întâmplătoare a unei femei cu un bărbat străin în circumstanțe suspecte sau privite cu dezaprobare de către membrii societății. Orice indiscreție sexuală comisă de femeia respectivă sau admisă de aceasta poate fi percepută de rudele de gen masculin în termenii unei grave și subite provocări*³.

Modelul relațiilor de autoritate dintre cultură și stat este prezent inclusiv în sistemul african. Similar cu sistemul asiatic de protecție a drepturilor omului – ilustrat prin exemplele din India și Pakistan – și în sistemul african recunoaștem o incongruență între reglementările legale laice și influențele culturale ca normativ flexibil. Cu titlu de exemplu, există nenumărate documente juridice internaționale⁴ menite să combată *căsătoriile timpurii, căsătoriile forțate* și

¹ Pentru mai multe detalii, a se consulta S. Goonesekere, (editor), *Violence, Law and Women's Rights in South Asia*, Sage Publications, 2004. *Violence Against Women in the name of Honour*, Amnesty International, September 1999; S. Mahmood, *The Pakistan Penal Code*, vol. II, fifth edition, 1989.

² Prin expresia *crime de onoare* desemnăm ofensele aduse de către femei normelor culturale aplicabile la nivelul comunității. Se consideră că pentru restabilirea valorii comunității/familiei (valoare încălcată odată cu ofensele aduse de femei normelor culturale), bărbații din comunitate pot aplica violențe femeilor în culpă. În cazuri extreme, crimele de onoare pot lua forma omuciderii.

³ S. Goonesekere, (editor), *op. cit.*

⁴ Articolul 16 din Convenția privind Eliminarea Tuturor Formelor de Discriminare Față de Femei: 1. Statele părți vor lua toate măsurile necesare pentru a elimina discriminarea față de femei în toate problemele decurgând din căsătorie și în raporturile de familie și, în special, vor asigura, pe baza egalității bărbatului cu femeia: a) același drept de a încheia o căsătorie; b) același drept de a-și alege în mod liber soțul și de a nu încheia o căsătorie decât prin consimțământul său liber și deplin; c) aceleași drepturi și aceleași responsabilități atât în timpul căsătoriei, cât și la desfacerea ei; d) aceleași drepturi și aceleași responsabilități în calitate de părinți, indiferent de situația lor matrimonială, pentru problemele referitoare la copiii lor; în toate cazurile, interesul copiilor va fi considerat primordial; e) aceleași drepturi de a decide în mod liber și în deplină cunoștință de cauză asupra numărului și planificării nașterilor și de a avea acces la informații, la educație și la mijloacele necesare pentru exercitarea acestor drepturi; f) aceleași drepturi și responsabilități în materie de tutelă, curatelă, de încredințare și adopție a copiilor sau reglementări juridice similare, când aceste instituții există în legislația națională; în toate cazurile, interesul copiilor va fi considerat primordial; g) aceleași drepturi personale soțului și soției, inclusiv în ceea ce privește alegerea numelui de familie, a unei profesii și a unei ocupații; h) aceleași drepturi pentru fiecare dintre soți în materie de proprietate, de dobândire, de gestiune, de administrare, de beneficiu și de dispoziție asupra bunurilor, atât cu titlu gratuit, cât și oneros. 2. Logodnile și căsătoriile copiilor nu vor avea efecte juridice și vor fi luate toate măsurile necesare, inclusiv pe plan legislativ, de a se fixa o vârstă minimă pentru căsătorie și a face obligatorie înregistrarea căsătoriilor într-un registru oficial; – art. 23 din Pactul Internațional cu privire la Drepturile Civile și Politice: 1. Familia este elementul natural și fundamental al societății și are drept la ocrotire din partea societății și a statului. 2. Dreptul de a se căsători și de a întemeia o familie este recunoscut bărbatului și femeii, începând de la vârsta nubilă. 3. Nici o căsătorie nu va putea fi încheiată fără consimțământul liber și deplin al viitorilor soți. 4. Statele părți la prezentul Pact vor lua măsurile potrivite pentru a asigura egalitatea în drepturi și răspunderi a soților în privința căsătoriei, în timpul căsătoriei și atunci când ea se desface. În cazul desfacerii, se vor lua măsuri pentru a asigura copiilor ocrotirea necesară; – art. 10 din Pactul Internațional cu privire la Drepturile Economice, Sociale și Culturale: Statele părți la prezentul pact recunosc că: 1. O ocrotire și o asistență cât mai largă cu putință trebuie acordate familiei, elementul natural și fundamental al societății, în special pentru întemeierea sa și în răstimpul cât are responsabilitatea întreținerii și educării copiilor care sunt în sarcina sa. Căsătoria trebuie

căsătoriile aranjate¹, totuși potrivit statisticilor Public Broadcasting Service și al Fondului Internațional Pentru Urgențe ale Copiilor al Națiunilor Unite (UNICEF), în plan concret, continuă încălcările drepturilor fetelor și femeilor.

Exemplele expuse mai sus subliniază *adevărul juridic al incongruenței dintre reglementările juridice și prescripțiile culturale* – prin aceasta validându-se ideea conform căreia, în context actual, deși au recunoaștere publică, drepturile femeii sunt doar *drepturi pe hârtie*², netrecând cu succes testul aplicării practice. Incongruența *practici culturale-protecția juridică a drepturilor femeii* s-a reflectat în însuși modul de conceptualizare a termenului de *cultură a drepturilor femeii*. Paradigma idealistă de conceptualizare, în temeiul căreia cultura drepturilor femeii este o problemă care ține de modul în care indivizii înțeleg aplicarea drepturilor femeii în societate, a fost scindată în două orientări diferite: (1) cultura drepturilor femeii presupune conformism față de normele de drept existente în societate în domeniul protecției juridice a drepturilor femeii; (2) cultura drepturilor femeii presupune conformismul față de practicile acceptate în societate care se îndepărtează de standardul legal, concretizându-se în acțiuni care încălcă protecția drepturilor femeii astfel cum aceasta este garantată juridic. Această confuzie în conceptualizarea și aplicarea noțiunii de *cultură a drepturilor femeii* își găsește sorgintea inclusiv în cele două modele de relaționare pe care le-am evidențiat în expunerea de mai sus.

În contextul în care cultura și legea prescriu două modele diferite de abordare a drepturilor femeii, era necesar să se asigure un spațiu organizat care să ofere posibilitatea de dezbateri și de formulare de soluții asupra subiectului. Astfel, comunitatea internațională a reacționat prin organizarea unui sistem de conferințe internaționale³ care prescriau printre prioritățile lor și adresarea relației problematice dintre cultură și garantarea juridică a drepturilor femeii.

Organizată sub auspiciile Organizației Națiunilor Unite, Prima Conferință Internațională desfășurată în domeniul drepturilor femeii a avut loc la Mexic, în 1975. Urmare a Conferinței a fost adoptată *Declarația de la Mexic cu privire la egalitatea femeilor și contribuția lor la dezvoltare și pace* – document care a restructurat modul de adresare a problematicii

sa fie liber consimțită de viitorii soți. 2. O ocrotire specială trebuie acordată mamelor într-o perioadă de timp rezonabilă, înainte și după nașterea copiilor. Mamele salariate trebuie să beneficieze, în decursul acestei perioade, de un concediu plătit sau de un concediu beneficiind de alocații de securitate socială adecvate. 3. Măsuri speciale de ocrotire și de asistență trebuie luate în favoarea tuturor copiilor și adolescenților, fără nici o discriminare din motive de filiație sau din alte motive. Copiii și adolescenții trebuie ocrotiți împotriva exploatării economice și sociale. Folosirea lor la lucrări de natură a le dăuna moralitatea sau sănătatea, de a le pune viața în primejdie sau de a dăuna dezvoltării lor normale trebuie sancționată prin lege. Statele trebuie, de asemenea, să stabilească limite de vârstă sub care folosirea muncii salariate a copiilor va fi interzisă și sancționată prin lege.

¹ Prin expresia *căsătorii timpurii* înțelegem căsătorii contractate în favoarea fetelor înainte ca acestea să împlinească vârsta legală de 18 ani necesară pentru a se căsători; prin expresia *căsătorii forțate* înțelegem căsătoriile încheiate în lipsa consimțământului unuia sau ambilor soți; prin expresia *căsătorii aranjate* înțelegem căsătoriile încheiate în baza exprimării consimțământului soților dar având în vedere situația specială în care soții nu s-au ales reciproc ci au fost aleși pentru a contracta căsătoria de către o terță persoană.

² Pentru mai multe detalii a se consulta B. E. Hernández-Truyol, *Women's Rights as Human Rights – Rules, Realities and the Role of Culture: A Formula for Reform*, Brook Journal of International Law, vol. XXI: 3, 1996, pp. 605-887.

³ Ne vom referi în principal la cele 4 Conferințe Internaționale în materia drepturilor femeii: Conferința din Mexic; Conferința din Copenhaga; Conferința din Nairobi; Conferința din Beijing. Menționăm că ideile exprimate în această secțiune a lucrării noastre sprijină demonstrarea teoriei incongruenței între factorul legal și factorul cultural în domeniul drepturilor femeii. De asemenea, ideile expuse au utilitatea de a demonstra actualitatea discursului asupra culturii drepturilor femeilor. Într-o secțiune distinctă a lucrării noastre vom aborda în mod detaliat ideile cuprinse în documentele politico-juridice ale Conferințelor Internaționale menționate.

drepturilor femeii. Declarația promulgă 30 de principii în materia drepturilor femeii, aducând îmbunătățiri importante în domeniu, prin completarea sau dezvoltarea unor aspecte care se regăseau cu titlu marginal în legislație. Apreciem ca relevantă dispoziția cuprinsă în primul principiu – *Egalitatea între femei și bărbați înseamnă egalitate în demnitate și valoare umană dar și egalitate în drepturi, oportunități și responsabilități*. În opinia noastră dispoziția este relevantă pentru că subliniază în mod expres cele două dimensiuni ale egalității – formală (dimensiunea referitoare la drepturi, oportunități și responsabilități) și substanțială (dimensiunea referitoare la demnitate și valoare umană)¹. Pe de altă parte, găsim că este de interes principiul stipulat în punctul 8 al Declarației deoarece acesta tratează problema relaționării cultură-drepturile femeii, oferind următoarea soluție: *Toate formele de comunicare și informare precum și toate media culturale trebuie să privească precum o prioritate de prim rang responsabilitatea pentru a ajuta la înlăturarea factorilor atitudinali și culturali care inhibă dezvoltarea femeilor și pentru a proiecta în termeni pozitivi valoarea schimbării și extinderii rolurilor de gen*.

Cea de-a doua Conferință Internațională realizată sub auspiciile Organizației Națiunilor Unite sub denumirea *Egalitate, Dezvoltare și Pace* s-a desfășurat la Copenhaga în perioada 14-30 iulie 1980, concentrându-se asupra sprijinirii² noului document în materia drepturilor femeii – *Convenția Asupra Eliminării Tuturor Formelor de Discriminare Față de Femei*. După cum a fost sesizat în doctrină³, Convenția se remarcă în sistemul juridic internațional fiind replica unei reale Magna Charta în domeniul drepturilor femeii. Explicația pentru o asemenea descriere ține, în primul rând, de completitudinea oferită de Convenție, fiind un document juridic ce adresează domeniile majore care preocupă sfera reglementărilor drepturilor femeii dar și aspectele ce țin de detaliul reglementării. Potrivit art. 3 din Convenție, *Statele Părți vor adopta, în toate domeniile, inclusiv în materie politică, socială, economică și culturală, măsuri potrivite, inclusiv măsuri legislative, pentru a asigura dezvoltarea completă și progresul femeilor cu scopul de a le garanta exercițiul și dreptul de a se bucura de drepturile omului și de libertățile fundamentale în condiții de egalitate cu bărbații*.

În al doilea rând, completitudinea oferită de Convenția onusiană rezidă în logica juridică pe care o propune. În Preambulul său, Convenția subliniază două realități fundamentale privitoare la situația juridică a drepturilor femeii care lasă să transpară teoria incongruenței pe care am explicat-o în rândurile anterioare: (1) deși există documente de tipul rezoluțiilor, declarațiilor, recomandărilor care au fost adoptate de Organizația Națiunilor Unite cu scopul îndeplinirii obiectivului egalității în drepturi între bărbați și femei, discriminarea împotriva femeilor continuă să existe ca fenomen socio-juridic; (2) Convenția propune o analiză extinsă având ca obiect îmbunătățirea cadrului juridic de protecție a drepturilor femeii, cuprinzând referiri la rolul definitoriu pe care femeile și-l asumă în context familial precum și la funcția maternității care trebuie să fie înțeleasă, de asemenea, în context macrosocial; în același

¹ Cu privire la ideea exprimată, considerăm necesare unele comentarii suplimentare. Deși *valoarea egalității și dreptul la nediscriminare* vor face obiectul unei analize extinse care va fi întreprinsă într-o secțiune separată a lucrării, trebuie să aducem clarificări suplimentare în privința accepțiunii noastre asupra noțiunilor *egalitate formală* și *egalitate substanțială*. Astfel, numim *egalitate formală* aplicarea aceluiași tratament tuturor indivizilor, fără a lua în considerare particularitățile fiecăruia și, implicit, fără a lua în considerare *dreptul de a fi diferit*. Prin *egalitate substanțială* înțelegem acceptarea și integrarea diferențelor – idee care oferă fundamentul teoriei moderne a drepturilor omului de armonizare fără uniformizare.

² Din punct de vedere juridic, cea de-a doua Conferință Internațională cu Privire la Drepturile Femeii a avut ca obiectiv dezvoltarea conștiinței statelor membre ale Organizației Națiunilor Unite în sensul semnării și ratificării Convenției Asupra Eliminării Tuturor Formelor de Discriminare Față de Femei. Este demn de menționat că documentul internațional în cauză a fost semnat la 18 decembrie 1979 și a intrat în vigoare la 3 septembrie 1981.

³ J. Wetzel-Wood, *The World of Women: In Pursuit of Human Rights*, University Press, New York, 1993.

context, sunt realizate referiri cu privire la împărțirea responsabilităților între bărbați și femei în domeniul creșterii copiilor.

Reluând ideea exprimată anterior – potrivit căreia Convenția propune o analiză extinsă a asigurării egalității dintre bărbați și femei – suntem nevoiți să facem o mențiune pentru o înțelegere comprehensivă a textului juridic. Preambulul Convenției abordează două categorii de factori care mențin discriminarea dintre femei și bărbați: (1) factorul mentalităților patriarhale – care determină o subordonare feminină ancestrală în domeniul familial (aspect deja expus în ideea susținută anterior) și (2) factori care provin din sfera publică, deoarece în probleme relevante care țin de: pace și securitate internațională, cooperarea dintre toate statele indiferent de sistemele lor sociale și economice, obținerea, de către popoarele aflate sub dominație străină, a dreptului la auto-determinare și la independență, femeile continuă să fie slab reprezentate. În condițiile date, Preambulul Convenției devine un reper juridic de importanță majoră deoarece evocă un tablou sinoptic al cauzelor generatoare de discriminări ale segmentului feminin. După cum era de anticipat, analiza multidimensională a discriminării feminine este reflectată inclusiv la nivelul reglementărilor propuse de Convenție.

Subpunctul de față al lucrării nu reprezintă cel mai adecvat context pentru o expunere pur juridică a dispozițiilor Convenției – acest obiectiv fiind specific unui alt punct al lucrării noastre. Cu toate acestea, se impune să remarcăm faptul că art. 5 al Convenției aduce o noutate juridică la nivel internațional, realizând, prin modul de formulare a textului, o juxtapunere între factorul cultural și factorul legal în problema protecției juridice a drepturilor femeii.

În mod concret, prevederile art. 5 din Convenție sunt organizate în două paragrafe, primul propunând o orientare macro, la nivel de sistem social iar cel de-al doilea propunând o orientare micro, la nivelul social de bază – cel al familiei: *Statele părți vor lua toate măsurile corespunzătoare pentru: a) a modifica schemele și metodele de comportament social și cultural al bărbatului și femeii, pentru a se ajunge la eliminarea prejudecăților și practicilor cutumiare sau de altă natură care sunt bazate pe ideea de inferioritate sau superioare a unui sex, sau pe imaginea șablon privind rolul bărbatului sau al femeii; b) a asigura ca educația în familie să contribuie la o înțelegere clară a faptului că maternitatea este o funcție socială și recunoașterea responsabilității comune a bărbatului și femeii în creșterea și educarea copiilor și în asigurarea dezvoltării lor, ținând seama că interesul copilului este condiția primordială în toate cazurile.*

Articolul 5 lit. a) din Convenție exprimă un obiectiv purtător al unei dificultăți juridice fundamentale: modificarea schemelor de comportament social și cultural al bărbatului și femeii. Observăm că norma internațională își propune nu doar trasarea unor standarde de comportament social (obiectiv firesc pentru orice normă de drept), *cât mai ales trasarea unor standarde de comportament cultural, finalitatea fiind aceea de a elimina prejudecăți și practici cutumiare discriminatorii.* Din punctul nostru de vedere, complexitatea reglementărilor cuprinse în art. 5 lit. a) din Convenție rezidă în aceea că fixează două dimensiuni de impact: (1) în primul rând este vizată o dimensiune practică, care odată normată, produce efecte vizibile în plan extern (ne referim la interzicerea practicilor cutumiare discriminatorii); (2) în al doilea rând, este vizată o dimensiune intrinsecă, spirituală, care sondează forul interior al persoanei (ne referim în acest caz la eliminarea prejudecăților).

În relație cu cea de-a doua dimensiune de impact, dorim să aducem explicații suplimentare. Prin art. 5 lit. a) din Convenția ONU Asupra Eliminării Tuturor Formelor de Discriminare Față de Femei, este subliniată relația dintre cultură și normele juridice existentă în domeniul garantării drepturilor femeii, rezultând în mod implicit că norma internațională sancționează aceeași viziune idealistă asupra culturii pe care noi am propus-o ca model explicativ. Norma juridică înțelege că relația dintre cultură și prejudecățile bazate pe criteriul de gen este una de determinare directă, urmărind să modifice comportamentele sociale și culturale pentru a obține eliminarea prejudecăților. Cu alte cuvinte, în abordarea propusă de

norma de drept, cultura este un mod de înțelegere pe care individul îl adoptă în raport cu relațiile sociale; modificarea aceluiași mod particular de înțelegere a relațiilor sociale va duce la modificarea comportamentului social sau cultural iar, în cele din urmă, la estomparea prejudecăților sau a practicilor stereotipe în raporturile dintre genuri.

Litera b) a art. 5 respectă logica prezentată anterior însă, înăuntrul acestei ipoteze legale, obiectivul constă în normarea comportamentului cultural la nivel micro-social, familial. Abordând în reglementarea sa ambele dimensiuni – micro și macro socială, – norma internațională demonstrează că există o relație de intercondiționare atât între factorul cultural și norma de drept dar și între atitudinile și comportamentele culturale prezentate la nivel macro și la nivel micro social.

Conferința Internațională de la Nairobi, desfășurată în 1985 reia problema egalității dintre bărbați și femei, abordând problema *egalității de facto*. Produsul oficial al Conferinței – *Strategia de la Nairobi privind dezvoltarea statutului femeilor* – subliniază divergența existentă între consacrarea legală a drepturilor femeii și situația de fapt, observând că spațiul dintre egalitatea legală și egalitatea aplicată în contextul social, există, astfel încât problema trebuie să fie abordată și în viitor. Este tratat și conceptul *egalității civile* în temeiul căruia ambii parteneri se bucură de egalitate la căsătorie și în relațiile cu copiii. În aceeași ordine de idei, a fost dezbătut *punctul referitor la educație*, fiind subliniată ideea conform căreia educația oferită bărbaților și femeilor trebuie să pună în discuție în mod constant divizarea pe baza criteriului sex de natură ca informațiile oferite femeilor și bărbaților să fie cele necesare pentru asigurarea dezvoltării bărbaților și femeilor ca ființe umane. Documentul final al Conferinței subliniază necesitatea unei concilierii între activitatea desfășurată de segmentul feminin în spațiul public și activitatea desfășurată în mediul privat, aspect care atrage atenția asupra faptului că demersurile antrenate prin Conferințele anterioare nu și-au atins *obiectivul de a controla derapajele din domeniul protecției drepturilor femeii care sunt angajate ca urmare a relativismului cultural*¹.

Cea de-a patra Conferință Internațională analizată – care își circumscrie ca obiect de activitate problema drepturilor femeii – desfășurată la Beijing, în 1995 – sintetizează eforturile demarate în urma conferințelor anterioare, contribuind în mod decisiv la consolidarea conceptului de *cultură a drepturilor femeii* prin reafirmarea principiului fundamental stabilit în Declarația de la Viena și în Programul de Acțiune de la Viena adoptate în urma Conferinței Internaționale a Drepturilor Omului din 1993, în temeiul căruia *drepturile femeilor și fetelor reprezintă o parte inalienabilă, integrală și indivizibilă a drepturilor omului*. Platforma de Acțiune de la Beijing reia obiectivul egalității între bărbați și femei, promovându-l în toate sferele de acțiune (culturală, socială, economică, politică și decizională) și recunoscând în mod public faptul că egalitatea dintre bărbați și femei este o problemă înscrisă în categoria drepturilor omului, o condiție pentru justiția socială și o premisă necesară și fundamentală pentru egalitate, dezvoltare și pace.

Rândurile de mai sus sunt exercițiul aplicării teoriei incongruenței. Cultura drepturilor femeii reprezintă exemplul elocvent al dificultății tranșării dilemei universalism-relativism. În primul rând, am dorit ca prin informațiile expuse mai sus să demonstrăm că drepturile femeii pun probleme juridice complexe în momentul în care trebuie să ne manifestăm opțiunea pentru una din cele două orientări (cea universalistă sau cea relativistă). Dacă o alegem pe prima, membrii minorităților culturale vor fi invocat dreptul la identitate și drepturile culturale în favoarea lor iar dacă ne orientăm spre relativismul cultural, doctrinarii teoriei drepturilor omului vor sublinia necesitatea respectării valorilor trans-culturale pe care le-am invocat la

¹ Pentru mai multe detalii, a se consulta Comisionul de la Viena, Directorat-General Information, Communication, Culture, Women's Information Service, *The Nairobi World Conference*, Supplement no. 24, Women of Europe, pp. 4-59.

începutul demersului nostru. În funcție de modelul spre care se orientează societatea (modelul segregării puterii laice de puterea culturală sau modelul subordonării puterii laice față de puterea culturală), va fi oferit și răspunsul.

Din punctul nostru de vedere, simpla opțiune pentru un model care să garanteze o logică a raportului dintre cele două norme – cea laică și cea culturală – este o variantă reduționistă. Problematika trebuie să fie abordată pe măsura complexității sale, cu luarea în considerare a ideilor statornicite prin Conferințele Internaționale dedicate soluționării incongruenței dintre planul juridic și cel cultural în care se manifestă drepturile femeii. Considerăm că în lumina aspectelor invocate, și în cazul particular al drepturilor femeii se cuvine să urmărim soluția generală prescrisă de teoria drepturilor omului: interpretarea culturii în sens dinamic și constructivist, luarea în considerare a diferențelor culturale, fără ca prin aceasta să fie vătămăte drepturile femeii.

II. Corespondența în plan juridic a conceptelor relevante pentru cercetare

○ II.1. *De la sociologic la juridic – instituția apărării culturale¹ și relevanța sa pentru înțelegerea dezbaterii universalimul drepturilor omului – relativismul cultural*

Clauza apărării culturale este o instituție *sui generis* ale cărei caracteristici sociologice și juridice contribuie la abordarea unor aspecte complexe, care sunt așezate în centrul discursului nostru – relativismul cultural și impactul pe care cerințele acestuia din urmă îl are asupra drepturilor omului în general și asupra drepturilor femeii în particular.

Rațiunea pentru care abordăm conceptul *clauzei apărării culturale* rezidă, în primul rând, în obiectivul demonstrării aplicabilității concrete pe care factorul cultural o reclamă asupra protecției juridice a drepturilor omului. *Secundo*, abordarea clauzei apărării culturale urmărește aprofundarea dezbaterii asupra relativismului cultural, punctul central al discursului deplasându-se în zona drepturilor minorităților culturale și a dreptului la identitate. În acest sens, vom evalua, în mod implicit, justul raport între interesul comunității culturale majoritare și interesul minorității.

Ca și conceptele analizate anterior în lucrarea noastră, clauza apărării culturale ipostiază un concept flexibil, ale cărui trăsături juridice și non-juridice sunt evidente. Cu toate acestea, spre deosebire de predecesoarele sale, clauza apărării culturale apare ca un concept care poate fi inclus cu mai multă rigurozitate în sfera cercetărilor juridice, fiind admisă, în unele circumstanțe și în unele culturi juridice, invocarea sa pe cale jurisprudențială.

Este necesar să menționăm în incipitul expunerii noastre privitoare la clauza apărării culturale că în demersul științific pe care îl propunem, nu ne fixăm ca obiective independente (1) *definirea clauzei apărării culturale* și nici (2) *abordarea dilemei reglementării formale a clauzei apărării culturale*. Relativ la prima problemă enunțată, considerăm că definirea clauzei apărării culturale nu este un obiectiv necesar dat fiind faptul că explicitarea *elementelor de conținut ale acesteia* constituie un demers suficient pentru demonstrarea impactului pe care instituția clauzei apărării culturale îl aduce în materia drepturilor femeii. Pe de altă parte, nu avem pretenția rezolvării unilaterale a dilemei referitoare la necesitatea recunoașterii pe cale

¹ Pentru detalii suplimentare referitoare la punctul nostru de vedere asupra subiectului clauzei apărării culturale și a influențelor pe care această instituție le aduce asupra drepturilor femeilor, a se consulta și M. Berna, *The cultural defense, possible correlations and applications within the framework of women's rights*, articol publicat în revista *Journal Of Law And Administrative Sciences*, no. 4/2015, ISSN 2392-8298, pp. 191-205.

legală a clauzei apărării culturale deoarece nici acest aspect nu este compatibil cu demersul științific pe care îl propunem. În această privință ne vom limita la a ne exprima un punct de vedere argumentat, pornind de la opiniile exprimate în doctrină.

În alți termeni, în abordarea clauzei apărării culturale, *ne interesează procesul, aspectele descriptive ale conceptului întrucât de la acestea vom demara analiza*. Suntem rezervați în a oferi un rezultat tranșant cu privire la problema apărării culturale deoarece acesta poate oferi valențe pseudo-științifice pentru că ar omite toate situațiile concrete care ar putea exista în realitate. Este dificil a opta în sensul formalizării clauzei apărării culturale sau în sensul menținerii acesteia în stadiul științific experimental. Deci, este dificil a opta pentru menținerea clauzei apărării culturale la nivelul unui concept agreat de doctrina juridică și trans-juridică și regăsit în formulările jurisprudențiale dar omis în reglementările legale.

Abordarea extinsă a clauzei apărării culturale pe filieră doctrinară¹ aduce cu sine avantajul unor premise variate de la care putem proceda la analiza conceptului dar și dezavantajul dificultății formulării unei opinii personale. Este de anticipat o asemenea dificultate în conceptualizarea clauzei apărării culturale dacă avem prezentă incertitudinea privitoare la recunoașterea pe cale legală a apărării culturale și incertitudinea utilizării acesteia pe cale jurisprudențială.

Cu toate că sistemul inter-american (în speță, ne referim la Statele Unite ale Americii ca stat membru al Organizației Statelor Americane) a sancționat situații în care a fost admisă invocarea pe cale jurisprudențială a clauzei apărării culturale, aspectul conceptualizării acesteia din urmă a fost tratat în sens rezidual de instanțele de judecată.

Doctrina² a arătat preocupare în privința înțelegerii *sensului și conținutului* clauzei apărării culturale, formulând în acest sens o seamă de definiții: (1) *apărarea culturală constă în aserțiunea justițiabilului conform căreia dacă actul comis nu reprezintă o încălcare a legii în țara sa de proveniență și potrivit culturii sale, el nu ar trebui să fie judecat de comiterea respectivului act în temeiul legilor statului în care a fost comis actul ilegal*; (2) *apărarea culturală justifică exonerarea justițiabilului de fapta care i se impută având în vedere că starea mentală a justițiabilului la data comiterii faptului era puternic influențată de factorul cultural*; (3) *apărarea culturală este un raționament juridico-sociologic care argumentează importanța factorului cultural în încălcarea prevederilor legale, indicând faptul că, luând în considerare cultura justițiabilului, acțiunile acestuia nu ar fi semnificat, în țara de origine, încălcări ale legii*; (4) *apărarea culturală este un construct teoretico-artificial, lipsit de recunoaștere oficială și de aplicabilitate unitară, constând în solicitarea acceptării de dovezi culturale în favoarea justițiabililor*; (5) *apărarea culturală este acel instrument juridic care permite imigrantului dintr-o comunitate culturală minoritară aflat în țara-gazdă în postura justițiabilului, să ofere dovezi culturale specifice astfel încât să justifice acțiunile sale care, în țara-gazdă și în acord cu standardul cultural majoritar, sunt împotriva legii*.

¹ D. W. Sikora, *Differing Cultures, Differing Culpabilities?: A Sensible Alternative: Using Cultural Circumstances as a Mitigating Factor in Sentencing*, Ohio State Law Journal, vol. 62, Number 1695, 2001, pp. 1-21; R. Singh, *A Holey Cause: Sharia as a Cultural Defense*, Penn State Law Review, vol. 117, number 2, 2012, pp. 596-616; C. Lee, *Cultural Convergence: Interest Convergence Theory Meets the Cultural Defense?*, Arizona Law Review, vol. 49, 2007, p. 911-959; B. Glass-O'Shea, *The Cultural Offense: How And Why Plaintiffs Bring Cultural Claims To Court*, The Journal Of Jurisprudence, 2009, p. 275-305; J. A. Cohan, *Honour Killings And The Cultural Defense*, vol. 40, number 2, 2010, pp. 177-252; D.-C. Chiu, *The Cultural Defense: Beyond Exclusion, Assimilation, and Guilty Liberalism*, Vol. 82, Issue 4, Article 9, pp. 1053-1125; N.A. Gordon, *The Implications Of Memetics For The Cultural Defense*, Duke Law Journal, vol. 50, p. 1809-1834; A.D. Renteln, *Making Room For Culture In The Court*, The Judges' Journal, vol. 49, number 2, 2010, pp. 1-13;

² T.F. Goldstein, *Cultural Conflicts in Court: Should the American Criminal Justice System Formally Recognize A „Cultural Defense“?*, Dick Law Review, vol. 99, 1994, pp. 141-144; *Black'S Law Dictionary*, 9th edition, 2009, p. 483; P.H. Robinson, *Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis*, Columbia Law Review, vol. 82, 1982, pp. 213-239; C. Lee, *op. cit.*, p. 915.

Liantul definițiilor de mai sus se regăsește în ideea potrivit căreia *factorul cultural poate acționa ca o circumstanță de exonerare/de atenuare a pedepsei deoarece acesta modelează modul de gândire al individului și, în mod implicit, comportamentul acestuia*. Dacă interpretăm extensiv aplicarea perspectivei idealiste de conceptualizare a noțiunii de *cultură* – care atestă că factorul cultural se identifică cu modul în care omul analizează, interpretează și raționalizează evenimentele sociale – explicația expusă mai sus se validează. De asemenea, definițiile de mai sus au ca punct comun tentativa de a formula o cale oficială de introducere a aspectelor culturale în sistemul legal. Însăși expresia *apărare culturală* sugerează că antecedentele culturale ale individului pot fi invocate ca parte integrantă a dreptului la apărare, fiind privite ca aspecte intrinseci individului – aspecte care îi determină percepțiile și acțiunile.

Din punctul nostru de vedere, clauza apărării culturale ar dobândi funcționalitate atât timp cât aceasta ar putea fi înțeleasă în termenii unei instituții *atenuatoare a răspunderii* și nu în sensul unei instituții *exoneratoare de răspundere*. Însă, în acest caz, este necesar să distingem între aspectele de drept penal (de ordine publică aspecte care, din punctul nostru de vedere, nu permit o atare formalizare) și aspectele de natură civilă. Susținătorii caracterului *exonerator al clauzei apărării culturale* pornesc de la premisa conform căreia *cultura exercită asupra individului un determinism care nu poate fi negat*. În acest caz, esența apărării culturale este regăsită în ideea unui determinism cultural care afectează *a priori* gândurile individului și care este înăscut, natural, astfel încât individul nu i se poate sustrage. În lumina interpretărilor din literatura de specialitate care au fost expuse anterior, *determinismul cultural* – care alcătuiește conținutul clauzei apărării culturale – controlează totalitatea mecanismelor psihice (raționale și voliționale) ale individului, suprimându-i posibilitatea de manifestare a liberului arbitru și, implicit, suprimându-i individului vinovăția. Noi suntem de altă părere¹.

Apreciem că apărarea culturală poate fi înțeleasă, prin raportare la aspecte de ordin privat, *ca un factor care atenuează răspunderea juridică a justițiabilului* nu în temeiul tezei determinismului cultural ci în virtutea ideii conform căreia: *cultura modelează percepțiile individuale* (avem în vedere perspectiva constructivistă în conformitatea căreia cultura este diseminată prin interacțiuni sociale) *însă nu acționează ca un agent care controlează individul dincolo de propria sa raționalitate*. În alți termeni, urmare a aplicării apărării culturale individul *este influențat de factorul cultural fără a fi totalmente dominat de acesta*. Ne vom dezvolta această opinie în segmentul dedicat dezbaterii asupra formalizării apărării culturale. În rândurile de mai jos, referindu-ne la situațiile în care clauza apărării culturale a fost admisă pe cale jurisprudențială, observăm că s-a impus ideea culturii care *influențează fără a determina*.

În opinia noastră, clauza apărării culturale este, în primul rând, *o instituție bi-valentă*, principalul argument în acest sens constând în faptul că deși invocarea sa urmărește valorizarea elementelor culturale, instituția în cauză comportă incidente legale atunci când este acceptată în practica judiciară ca element de atenuare a pedepsei. În al doilea rând, apreciem că apărarea culturală are *o vocație explicativă* urmărind să expună *cauza comportamentului ilegal al individului prin raportare la factorul cultural*. Vocația explicativă privește latura psihică a individului (suntem de acord cu ideea susținută de literatura de specialitate conform căreia clauza apărării culturale atestă că mentalul individului este modelat de aspectele culturale) dar și comportamentul concret al individului (acțiunile individului sunt determinate indirect de factorul cultural). Finalmente, observăm că apărarea culturală argumentează *premise în virtutea căreia cultura modelează forul interior al omului și, implicit acțiunile sale* – în

¹ Pentru detalii suplimentare referitoare la punctul nostru de vedere asupra subiectului clauzei apărării culturale și a influențelor pe care această instituție le aduce asupra drepturilor femeilor, a se consulta și M. Berna, *The cultural defense, possible correlations and applications within the framework of women's rights*, articol publicat în revista Journal Of Law And Administrative Sciences, no. 4/2015, ISSN 2392-8298, pp. 191-205.

consecință apărarea culturală nu este o instituție care să aibă ca finalitate juridică demonstrarea lipsei discernământului individului. Esența apărării culturale rezidă în aceea că discernământul individului există (fiind negat, din nou, determinismul cultural) însă libertatea de manifestare a individului este limitată.

Ideile pe care le-am exprimat sunt descriptive și nu definiționale, fiind suficiente pentru a explica trăsăturile esențiale ale instituției abordate. Deși literatura anglo-saxonă a oferit multiple conceptualizări clauzei apărării culturale având în vedere faptul că instanțele din Statele Unite ale Americi au acceptat, în anumite cazuri, clauza apărării culturale, suntem rezervați în a stabili, în mod absolut, o definiție de sine stătătoare instituției. Sistemul legal românesc nu a abordat direct problematica apărării culturale iar noutatea absolută a acestei instituții determină, în primul rând, dificultăți în teoretizare care vor fi surmontate după ce va fi dată o rezoluție practică, un răspuns formal-legal acestei probleme.

Pentru a evidenția modul de aplicabilitate a clauzei apărării culturale, vom detalia, în rândurile de mai jos, *spețe întâlnite în sistemul inter-american* în care apărarea culturală a fost invocată cu succes, urmărind să evidențiem raționamentul expus de instanță pentru justificarea admisibilității clauzei apărării culturale.

Pe 27 septembrie 1987, Dong-Lu-Chen¹, imigrant chinez în Statele Unite ale Americii, și-a confruntat soția – Jian-Wan, în privința unor presupuse relații extraconjugale pe care aceasta le întreținea. În momentul în care soția sa a recunoscut adulterul, Dong Lu Chen a fost atât de mânios încât și-a omorât soția. În apărarea sa, Chen a invocat *clauza culturală*, având dreptul la depoziția unui expert în studii antropologice care să argumenteze că circumstanțele culturale în care s-a format Chen au fost cele care i-au modelat personalitatea și modalitatea de reacție în fața unei întâmplări de tipul celei expuse anterior. Cultura asiatică este fundamentată pe valorile confucianiste ale pietății care se manifestă în direcții diferite: (1) pietatea filială (respectul fiului față de părinți); (2) pietatea maritală (respectul soției față de soț); (3) pietatea față de stat și comunitate. Cultura asiatică subliniază raportul de subordonare al femeii față de bărbat – subordonare care, la nivel familial se transpune în devotamentul și fidelitatea soției față de soț și recunoașterea autorității soțului. Normele culturale asiatice blamează femeile infidele și încurajează comportamentul brutal al soților trădați față de acestea cu atât mai mult cu cât soții trădați sunt considerați slabi, incapabili de a-și organiza familia și nedemni de respect în cadrul societății. Curtea Supremă a statului New York a luat în considerare apărarea culturală formulată de Chen prin mărturia expertului în studii antropologice, judecătorul Pincus acordând un loc special considerentelor culturale care caracterizează personalitatea justițiabilului Chen, stipulând în motivarea hotărârii: *Chen este produsul culturii sale (...) Cultura nu este niciodată o scuză, dar aceasta poate fi reținută ca un factor care a contribuit la a-l determina să acționeze în mod ilegal*². Urmare a admiterii clauzei apărării culturale, Chen a fost condamnat la închisoare cu suspendare – minima sancțiune care îi putea fi alocată în sistemul de drept american pentru crima comisă.

În cauza *Statul împotriva Kimura*³, acuzata – imigrantă japoneză în Statele Unite ale Americii – după ce a aflat de infidelitatea soțului a procedat la *practica culturală japoneză oya-ko-shinju* care simbolizează suicidul soției și uciderea copiilor. Traducerea exactă a expresiei japoneze este *suicidul copil-părinte* iar în practică, acesta constă în decizia soției înșelate de a comite suicid și de a-și omorî copiii, fiind întemeiată pe credința culturală conform

¹ Case *The People vs. Dong Lu Chen*, no. 87-7774, New York Supreme Court, December 1988. Pentru detalii suplimentare a se consulta D. C. Chiu, *The Cultural Defense: Beyond Exclusion, Assimilation and Guilty Liberalism*, 1994, vol. 82, Issue 4, pp. 1053-1125.

² N. Schuyler, *Cultural Defense: Equality or Anarchy?*, San Francisco Weekly, 1991, p. 1.

³ Case *People vs. Kimura*, No. A-091133, Superior Court of Los Angeles County, 24 April 1985. Pentru detalii suplimentare, a se consulta D.C. Chiu, *op. cit.*

căreia în urma adulterului soțului, viața sa nu mai are nici o însemnătate iar copiii săi nu trebuie să rămână în viață pentru că ar fi condamnați la o existență lipsită de grijă și afecțiune. La data judecării cauzei, acuzata a invocat clauza apărării culturale, susținând că în cultura japoneză, practica *oya-ko-shinju* nu reprezintă un act de violență ci un act de reabilitare a onoarei feminine pierdute și de ocrotire a copiilor care în lipsa mamei rămân fără ocrotire și afecțiune. În sprijinul argumentului cultural expus de Kimura, comunitatea japoneză a oferit o petiție în care erau reiterate cele afirmate în apărare de Fumiko Kimura. Curtea a admis apărarea culturală formulată de inculpată și i-a aplicat sancțiunea închisorii cu suspendare.

Kong Moua¹ – imigrant din Laos a fost pus sub acuzare pentru răpirea și violul unei tinere din campusul studențesc Fresno. În apărarea sa, Moua a invocat faptul că nu a urmărit lezarea integrității fizice și psihice a victimei sale ci doar punerea în aplicare a practicii culturale *zij poj niam* – căsătoria prin răpire. Această practică culturală presupune ca bărbatul să își răpească și să își violeze viitoarea soție pentru a putea consolida instituția căsătoriei. Potrivit obiceiului laotian, este normal ca femeia răpită să protesteze și să opună rezistență avansurilor răpitorului său pentru a-și dovedi virtutea iar bărbatul trebuie să se comporte brutal pentru a-și dovedi forța fizică și deci, capacitatea de a-și manifesta autoritatea în cadrul familiei. Invocând apărarea culturală, Kong Moua nu a fost pus sub acuzare pentru răpire și viol ci pentru o faptă contravențională, fiind condamnat la plata unei cauțiuni.

Aplicabilitatea clauzei apărării culturale trebuie să fie evidențiată inclusiv în cauze circumscrise sferei dreptului privat. Ruth Friedman² – evreică ortodoxă practicantă, aflându-se izolată într-o cabină de munte împreună cu prietenul ei, într-un moment de disperare, a ales să nu mai aștepte echipa de salvare și să își pericliteze viața, sărind din cabina în care era captivă. Ruth Friedman a solicitat autorităților statului New York – care administrau cabina – daune pentru prejudiciile fizice și morale suferite, acestea fiind acordate de Curte, urmare a expunerii apărării culturale. În virtutea acesteia din urmă, Ruth Friedman nu a fost în culpă pentru că a comis actul de a sări din cabina suspendată întrucât actul său este justificat cultural, o altă conduită nefiind posibilă în cazul tinerei. Potrivit mărturiei rabinului Herschel Sahl, legea evreiască *Jichud* interzice, sub sancțiunea deteriorării reputației femeii în cauză, ca un bărbat și o femeie să rămână singuri într-un spațiu închis.

În absența tranșării statutului clauzei apărării culturale în sensul (1) formalizării, (2) menținerii la nivel informal (opțional) sau, dimpotrivă, în sensul (3) interzicerii formale, sfera problemelor presupuse de apărarea culturală este îndeosebi extinsă și complexă. În această ordine de idei, formalizarea apărării culturale este, în primul rând, o problemă care chestionează legitimitatea democratică a statului, aducând în discuție *modul în care trebuie să se manifeste pluralismul cultural*, dacă există *limite în manifestarea acestuia* și, în caz afirmativ, *care sunt limitele respective*. În al doilea rând, formalizarea apărării culturale aduce în atenția legiuitorilor și judecătorilor ideea conform căreia *enculturația*³ este un fenomen apt să producă efecte juridice. Efectele produse sunt supuse unor interpretări variate, având în vedere semnificația pe care înțelegem să o alocăm procesului enculturației. Mai clar, trebuie să stabilim *ex ante* dacă înțelegem prin enculturație *procesul de adaptabilitate culturală petrecut în timpul maturității individului* sau dacă optăm pentru *sensul larg al enculturației – acela care*

¹ Case *People vs. Kong Moua*, non jury trial, Fresno Superior Court, 1985.

² Case *Friedman vs. State*, New York Court, no. 42822, 1967. Pentru detalii suplimentare a se consulta B. Glass-O'Shea, *The cultural Offense: How and Why Plaintiffs Bring Cultural Claims to Court*, The Journal Of Jurisprudence, 2009, pp. 275-305.

³ Noțiunea de *enculturație* a fost aplicată în științele juridice de A.D. Renteln, în lucrarea *The Use And Abuse Of The Cultural Defense*, Project Muse, Canadian Journal of Law and Society, vol. 20 no. 1, 2005, pp. 47-67, Alison Dundes Renteln demonstrează că individul este supus procesului de adaptare culturală. Acesta își însușește progresiv normele culturii de apartenență.

desemnează procesul de adaptabilitate culturală pe care îl experimentează individul pe parcursul întregii vieți și în toate circumstanțele. În al treilea rând, suntem de părere că problema formalizării apărării culturale este în strânsă legătură, după cum am apreciat în rândurile de mai sus, cu dreptul la identitate al minorităților culturale. Și în acest caz, există o problemă de interpretare implicită. În opinia noastră, dreptul minorităților culturale la identitate nu se referă *stricto sensu* la ansamblul de valori, credințe, gânduri, atitudini specifice comunității culturale respective. Problema identității este duală și trebuie formulată în două sensuri distincte: (1) identitatea exprimă ceea ce este specific comunității în cauză – deci un demers reflexiv – interpretativ și constructivist; (2) identitatea presupune comparația cu alteritatea, ieșirea din propria schemă culturală care condiționează modul de gândire și manifestare și raportarea la o comunitate distinctă. În aceeași ordine de idei, formalizarea apărării culturale presupune sondarea în detaliu a subiectului minorităților culturale, de natură să fie necesară distincția grupuri/subgrupuri culturale. *În acest punct este firesc să ne întrebăm dacă definirea valorilor culturale ale unei minorități este un aspect care presupune adeziunea tuturor membrilor comunității culturale la valorile respective sau este un aspect care poate interesa o parte extinsă a comunității dar nu comunitatea în întregime.* Dacă există subgrupuri culturale înăuntrul unei minorități culturale, sunt valorile promovate de acestea temeiuri valide pentru invocarea clauzei apărării culturale? Dacă subiectul dreptului la identitate va fi abordat într-un punct distinct în lucrarea noastră, restul interogațiilor formulate sunt aspecte teoretice pe care urmărim să le extindem în rândurile care urmează. Avem conștiința că răspunsurile nu pot fi absolute; în schimb, ceea ce dorim să realizăm constă în conturarea unor argumentații logice și coerente. Pentru a contura răspunsuri logice la dilemele prefigurate, este necesar să parcurgem argumentațiile în favoarea/defavoarea formalizării apărării culturale, pentru ca finalmente, să propunem un mod propriu de operare în această privință.

În cele de mai sus am precizat circumstanța în care apare apărarea culturală: în sistemul inter-american s-a pus problema conform căreia justițiabilul nu poate fi tras la răspundere pentru un act ilegal pe care l-a săvârșit atât timp cât acestui îi lipsește *mens rea*¹. Cu alte cuvinte, argumentul *ab auctoritate* în favoarea formalizării apărării culturale, susținut în doctrina americană, constă în aceea că, dacă factorul cultural este principalul factor de modelare al conștiinței individului și, implicit, a actelor ilegale ale individului, este firesc ca acesta să fie invocat în apărarea sa.

În doctrină² rațiunea centrală a formalizării clauzei apărării culturale constă în aceea că procedeul formalizării constituie expresia principiilor *echității și a respectării individualității în procesul de înfăptuire a justiției*. În consens cu ideea conform căreia pedeapsa trebuie să corespundă gradului de vinovăție a individului iar, în cazurile care cad (virtual) în sfera de aplicabilitate a apărării culturale, vinovăția individului este influențată de considerente culturale, doctrina atestă că formalizarea apărării culturale ar reprezenta expresia corectei individualizări a pedepsei, respectiv expresia adaptării pedepsei la gradul de vinovăție a fiecărui individ în parte. În acest context, clauza apărării culturale este o instituție care se dorește a corespunde obiectivelor sistemului de justiție în sensul asigurării corectei individualizări a pedepsei – ținând cont de aspectele morale ale învinovățirii și ajutând curțile de judecată să înțeleagă mai bine situația justițiabilului. Incluzând factorul cultural între elementele circumstanțiale care ar trebui să fie evaluate de instanță în vederea aplicării

¹ În dreptul american, termenul de *mens rea* desemnează voința de a săvârși un act ilegal; doctrina românească a acordat expresiei de *mens rea* semnificația *vinovăției* – în acest sens se pronunță L. Săuleanu, S. Rădulețu, *Dicționar de expresii juridice latine*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 2006, p. 150.

² D.W. Sikora, *op. cit.*, p. 3; J.P. Sams, *The Availability of the „Cultural Defense” as an Excuse for Criminal Behavior*, Georgia Journal Of International And Comparative Law, vol. 16, 1986, pp. 335-350.

sancțiunii, înseamnă că dreptul la identitate al justițiabilului ar fi respectat iar diversitatea culturală s-ar transforma într-o politică efectivă a statului, întărind premisele democrației.

Un alt argument în favoarea formalizării clauzei apărării culturale¹ stabilește că – deși instanța ar admite cultura individului ca un factor modelator al conștiinței individuale și ca factor care are consecințe asupra gradului de vinovăție al individului pentru motivul că limitează libertatea de acțiune a acestuia – *admiterea clauzei apărării culturale nu ar determina imposibilitatea legii de a-și atinge scopul descurajării celor care încalcă legea*. Cu alte cuvinte, cuprinderea în lege a clauzei apărării culturale nu neutralizează scopul urmărit de lege – acela de a descuraja conduita ilegală a subiecților de drept. În cazurile expuse în partea de început a prezentei secțiuni (în care clauza apărării culturale a fost invocată cu succes), subiecții justițiabili nu aveau antecedente și nu erau făptuitori notorii în sfera dreptului penal sau civil.

În spețele descrise, indivizii care au invocat apărarea culturală sunt tributarii unei scheme cognitiv-axiologică emergentă dintr-o identitate culturală bine conturată, înăuntrul căreia cultura poate să își aroge un rol determinant prin raportare la modelarea individualității umane. Admiterea apărării culturale susține rolul sancționator al legii prin aceea că instituția apărării culturale concentrează ideea că individul nu rămâne inocent în fața legii impuse de cultura majoritară. Altfel spus, instituția apărării culturale nu admite, *de plano*, că individul încalcă în mod deliberat legea culturii majoritare; ea atestă că individul înțelege care este legea culturii majoritare dar se vede în imposibilitatea de a o respecta deoarece acesta nu a asimilat în integralitate valorile incluse în legea aplicabilă, în legea impusă de cultura majoritară. Scopul sancționator al legii este atins inclusiv în ipoteza admiterii apărării culturale. În acest caz, sancțiunea aplicată justițiabilului are obiectivul de a-l determina pe individ să conștientizeze adaptarea la cultura majoritară și să accepte premisele pluralismului cultural. Astfel, minorităților culturale le este permisă exprimarea propriei identități atât timp cât formele alese pentru exprimarea propriei culturi nu încalcă aspectele specifice culturii majoritare. Simțim nevoia unei clarificări suplimentare: valorile încălcate în spețele evocate anterior (viața, integritatea fizică și psihică) sunt, într-adevăr, în condițiile date, valori conținute în legea impusă de cultura majoritară însă acest aspect nu invalidează un altul – faptul că valorile enunțate sunt de natură trans-culturală.

În altă ordine de idei, *admiterea apărării culturale ar crea garanții suplimentare în favoarea justițiabilului, fiind un factor care ar contribui la o evaluare mai detaliată a faptei și a circumstanțelor în care fapta a fost comisă*². Din punctul nostru de vedere admiterea apărării culturale ar constitui, în ipoteză, un instrument juridic pertinent aflării adevărului subiectiv, în sensul în care, ar putea fi descoperită cu mai multă ușurință poziția subiectivă a justițiabilului față de faptă și față de urmările faptei sale. Includerea factorului cultural în apărarea justițiabilului ar extinde dimensiunea dreptului la apărare, oferind premise mai extinse în privința corectei tranșări a litigiului.

În sens contrar, respingerea apărării culturale a fost susținută în doctrină³ în temeiul unor argumente care se fundamentează, din punctul nostru de vedere, pe problematica menținerii echității judecății: (1) clauza apărării culturale poate promova stereotipuri privitoare la o anumită comunitate culturală minoritară; (2) admiterea clauzei apărării culturale aduce în discuție problema creării unei situații juridice defavorabile femeilor, dat fiind faptul că segmentul social feminin are rolul de victimă în spețele în care a fost acceptată clauza apărării culturale; (3) există o dificultate praxiologică în stabilirea modului de aplicare a clauzei apărării culturale în eventualitatea în care aceasta ar fi formalizată; (4) prin formalizarea apărării culturale se acordă avantaje nemeritate minorităților culturale creându-se o situație

¹ D.W. Sikora, *op. cit.*, pp. 3-4.

² *Ibidem*.

³ D.W. Sikora, *op. cit.*, pp. 4-6.

discriminatorie; (5) apărarea culturală nu poate fi formalizată pentru că în orice societate există nevoia menținerii ordinii; ordinea se păstrează atât timp cât minoritățile respectă cultura legală a majorității.

Deși acceptăm faptul că opiniile ante-enunțate se fundamentează pe date clare și fiind conștienți de aspectele pe care doctrinarii le-au avut în vedere pentru formularea lor, poziția noastră este diferită. Diferența în abordarea subiectului formalizării clauzei apărării culturale rezidă în modul de interpretare a datelor pentru care optăm. În primul rând, după cum deja am stabilit, clauza apărării culturale se raportează la specificul cultural al unei minorități date. Cu toate acestea, premisa enunțată nu reprezintă, din punctul nostru de vedere, un argument suficient pentru a afirma că apărarea culturală promovează stereotipuri în legătură cu o anumită minoritate culturală. Soluția în privința alegerii modului corect de interpretare a factorului cultural se raportează, din nou, la corecta interpretare a noțiunii de *cultură*. Interpretând cultura în sens dinamic și înlăuntrul paradigmei idealiste și constructiviste pentru care am optat în studiul nostru, noțiunea de *cultură* exprimă un ansamblu de credințe și practici esențialmente mutabile precum și poziția subiectivă a individului față de aceste credințe și practici. După cum am subliniat în partea introductivă a lucrării noastre, viziunea idealistă și constructivistă asupra culturii se concretizează în poziția subiectivă pe care individul o exprimă față de practicile sociale, respectiv în modul în care individul interpretează și internalizează obiceiurile, practicile, tradițiile agreeate în comunitatea din care face parte.

Nu suntem de acord cu argumentul în conformitatea căruia apărarea culturală determină o situație juridică defavorabilă pentru femei. Indiscutabil, spețele *Chen* și *Moua* reifică feminitatea și creează, pe cale jurisprudențială, antecedentul atenuării pedepselor pentru crimele comise împotriva femeilor în virtutea invocării tradițiilor culturale. Cu toate acestea, cele două cazuri nu sunt suficiente pentru a se impune un model în care invocarea apărării culturale încalcă drepturile femeilor, acordând o postură juridică privilegiată bărbaților. Cazurile *Kimura* și *Friedman* sunt exemple ale admiterii apărării culturale în situația în care instituția apărării culturale a fost invocată de justițiabili femei, fiind deci favorabilă acestora din urmă.

Privitor la dificultatea praxiologică presupusă de formalizarea apărării culturale, argumentul în cauză nu poate fi negat. Recunoașterea legală și aplicarea în practică a apărării culturale reprezintă un posibil rezultat al unui demers laborios care este antrenat de însăși complexitatea instituției apărării culturale. Natura sa duală (sociologică și juridică) face ca apărarea culturală să fie dificil de aplicat. Pentru a se manifesta în mod concret, apărarea culturală presupune unele clarificări legale: (1) definirea noțiunii de *cultură* – fie prin raportare la documentele internaționale de profil, fie prin stabilirea în planul legal intern a unei definiții independente; (2) stabilirea unei opțiuni clare pentru accepțiunea statică sau dinamică a culturii; (3) determinarea unei perioade de timp considerată a fi rezonabilă pentru ca individul-membru al unei comunități culturale minoritare să se poată acomoda culturii (legale) majoritare. În virtutea aspectelor subliniate, considerăm că testul aplicării clauzei apărării culturale propus de Alison Dundes Renteln¹ compus din răspunsul la trei întrebări – (1) este justițiabilul membru al unui grup etnic/minoritar?; (2) grupul etnic/minoritar de care aparține justițiabilul practică tradiția invocată de justițiabil?; (3) a fost justițiabilul influențat de tradiția respectivă la momentul comiterii actului ilegal? – trebuie să fie reevaluat în sensul extinderii sale. Extinderea testului de verificare a aplicabilității clauzei apărării culturale la criterii care țin de clarificarea conceptuală a noțiunii de *cultură*, de perspectiva teoretică de abordare a culturii sau de aspecte concrete ce țin de perioada de timp considerată a fi necesară și rezonabilă pentru ca procesul enculturației să fie definitivat, este un demers care va aduce un grad de dificultate mai ridicat în aplicabilitatea clauzei apărării culturale.

¹ A. Dundes Renteln, *op. cit.*, pp. 1-13.

Argumentul care evocă avantajele nemeritate pe care apărarea culturală le creează minorităților culturale poate fi contracarat cu ușurință. Din punctul nostru de vedere, formalizarea apărării culturale nu va avea ca efect discriminarea membrilor culturii majoritare pentru motivul că aceștia din urmă nu vor putea invoca apărarea culturală. Membrii culturii majoritare pot invoca, în propria apărare, orice argument temeinic, fără a face uz de apărarea culturală deoarece aceștia vor invoca, în mod implicit, valori care aparțin culturii legale majoritare, fără a fi necesară consacrarea în favoarea lor a instituției apărării culturale, astfel cum propunem a se realiza în favoarea aparținătorilor de cultura minoritară.

Finalmente, combatem argumentul potrivit căruia formalizarea apărării culturale reprezintă un factor perturbator al menținerii ordinii într-o societate democratică prin ideea conform căreia standardul impus de cultura majorității nu va fi desconsiderat prin stabilirea, în favoarea minorităților culturale, a unor garanții extinse care să fie cuprinse în dimensiunea dreptului la apărare. Bineînțeles că respectul pentru cultura legală a majorității este un dat al statului însă suntem de părere că în raporturile dintre majoritate și minoritate, respectul trebuie să fie bivalent. Dacă reiterăm cazul *Chen* și analizăm în detaliu circumstanțele în care acesta s-a concretizat observăm că circumstanțele în cauză privesc imposibilitatea justițiabilului de a se supune normei oficiale pentru că norma oficială nu propunea valori socio-morale la care *Chen* să rezoneze. Istoric, integrarea asiaticilor în cultura majoritară americană nu a fost desăvârșită, obținându-se mai degrabă o ciclicitate futilă: în momentele de început ale migrației populației asiatice spre continentul american, spațiul american nu era pregătit din punct de vedere social sau legal pentru asimilarea imigranților asiatici. Legea Naturalizării de la 1700 limita acordarea cetățeniei la persoanele libere, de culoare albă. În cauzele *Ozawa împotriva Statelor Unite ale Americii* și *Statele Unite ale Americii împotriva Thind*, Curtea s-a pronunțat în sensul în care imigranții chinezi nu puteau primi cetățenia americană, invocând un impediment de rasă, expresia *indivizi de culoare albă* utilizată în Legea Naturalizării fiind echivalentul oamenilor aparținând rasei caucaziene¹. Revenind la cazul *Chen* și la inabilitatea justițiabilului de a se adapta culturii legale majoritare, este evident că suferind de o izolare socio-istorică, imigranții asiatici nu s-au putut implica activ în formularea valorilor americane cuprinse în lege, de aici imposibilitatea subiectivă a imigranților asiatici de a respecta legea americană.

Am abordat, în acest punct al lucrării noastre instituția socio-juridică a clauzei apărării culturale întrucât aceasta se fundamentează pe preceptele filosofico-morale ale relativismului cultural. Absolutizarea culturii unei anumite comunități are ca și consecință majoră ideea conform căreia principiile morale sunt relative, fiind construite ale unei anumite realități culturale. Revenind la subiectul formalizării clauzei apărării culturale, este sigur să afirmăm că discuția despre legalizarea clauzei apărării culturale se fundamentează pe aceleași coordonate ca și disputa despre relativismul cultural și universalismul drepturilor omului. Totuși, problematica oficializării apărării culturale nu trebuie să fie un sinonim perfect al tranșării dezbaterii relativism cultural-universalism în favoarea primului. Din punctul nostru de vedere, oficializarea apărării culturale constituie, în primul rând, o acceptare a diversității culturale și un angajament al statului-națiune în sensul asigurării diversității culturale. Ignorarea la nivel statal, a apărării culturale formulate de justițiabil echivalează cu desconsiderarea elementului cultural ca factor component al identității minoritare dar, mai ales, echivalează cu desconsiderarea impactului pe care elementul cultural îl are asupra reglementărilor legale.

După cum deja am lăsat să transpară din constituția discursului nostru, admiterea apărării culturale pe cale jurisprudențială este o dovadă a rolului pe care cultura îl asumă în modelarea prevederilor legale – teză pe care am susținut-o cu ocazia expunerii conceptelor de *cultură* și *cultură legală*.

¹ D. Chiu, *op. cit.*, pp. 1060-1061.

În spiritul demersului de cercetare întreprins până în acest punct, *suntem în favoarea oficializării apărării culturale, cu anumite mențiuni pe care suntem ținuți a le explica*. Deși am anticipat în rândurile introductive poziția noastră vis-a-vis de calificarea juridică a apărării culturale precum factor de atenuare a răspunderii și nu ca factor exonerator al răspunderii, vom relua și vom extinde, pentru claritate, această idee. În primul rând, aplicarea instituției în cauză, ca factor atenuator de răspundere, *trebuie să se raporteze la aspecte care nu sunt de ordine publică, deci, la aspecte de drept privat*. Dacă acceptăm că rațiunea și comportamentul individului pot fi modelate de preceptele culturale proprii comunității de care aparține individul, atunci factorul cultural este doar un element de circumstanțiere/individualizare a pedepsei, nu un factor care înlătură răspunderea juridică (fie aceasta din urmă penală sau civilă). *Înăuntrul logicii expuse, dacă am admite cultura ca factor exonerator, ar însemna să ne pronunțăm în mod irefragabil în favoarea relativismului cultural și să negăm existența unor precepte morale trans-culturale, imuabile și incontestabile pe care legea trebuie cu necesitate să le cuprindă în conținutul său în temeiul caracterului său universal și impersonal*. Astfel, admiterea clauzei apărării culturale și calificarea acesteia ca un factor aplicabil răspunderii atrasă în sfera privată este expresia unui just echilibru între teza universalismului și cea a relativismului cultural. O atare poziție față de apărarea culturală evocă faptul că pe de o parte, valorile culturale care oferă identitate minorităților naționale sunt valorizate și respectate de cultura (legală) majoritară iar, pe de altă parte, ordinea socială este menținută iar cultura (legală) majoritară este, la rândul ei respectată.

În cazul în care apărarea culturală ar fi fost interpretată ca un factor exonerator, la care justițiabilul aparținător minorității culturale poate apela pentru a evita conformismul cu legea statală, am ajunge la două contradicții majore: (1) ideea conform căreia cultura aneantizează liberul arbitru, acționând ca un factor constrângător; (2) ideea conform căreia valorile culturale ale minorității pot avea oportunitatea de a determina re-formularea drastică a normei desprinsă din cultura legală majoritară.

În explicitarea primei contradicții, trebuie să menționăm că factorul cultural nu acționează ca un factor de constrângere al mentalității și acțiunilor individului; *cultura doar modelează, nu acaparează puterea de reacție pentru că, în această ipoteză, individul ar fi irațional, într-o stare proximală pierderii judecării*. După cum am afirmat în etapa propunerii viziunii idealiste în conceptualizarea culturii – cultura reprezintă modul de conceptualizare, de înțelegere a lumii pentru care optează individul. Deci, *identificarea cu o anumită valoare culturală este un proces conștient, pe care individul îl realizează în urma unei alegeri raționale*. Cultura este internalizată, în mod conștient, de individ, pe parcursul existenței sale, ea nu este impusă *de plano* și peste voința individului, aidoma unei constrângeri mentale/psihice. Explicitarea celei de-a doua contradicții este mult mai facilă: dacă membrii minorității culturale s-ar putea prevala de valorile comunității lor pentru a fi exonerati de răspundere în urma încălcării normelor impuse de majoritari, atunci norma majoritară ar fi rescrisă în totalitate în funcție de tiparul propus de membri comunității minoritare, rezultatul fiind încetarea din existența juridică a normei majoritare.

În concluzie, apreciem că apărarea culturală, poate fi luată în considerare ca un factor atenuator de răspundere în măsura în care aceasta este invocată în spețe referitoare la aspecte de ordin privat, respectiv în măsura în care, normele aplicabile în cauză nu sunt norme imperative, de ordine publică.

○ II.2. Dreptul la identitate

A situa cultura în același context cu identitatea este o necesitate logică, științifică. În demersul nostru științific am abordat problema relativismului cultural și am apropiat-o de o altă problemă – cea a identității pornind de la premisa conform căreia relativismul cultural este

o realitate cognitivă care se bazează pe ideea unor standarde morale flexibile – standarde care sunt diferite de la o comunitate culturală la alta. Credința că fiecare comunitate culturală își arogă standarde morale proprii determină consecința că fiecare comunitate beneficiază, din punct de vedere juridic, de un *drept la identitate*. Privit în tiparul juridic de analiză, dreptul la identitate este ambiguu în ceea ce privește caracterul său (individual sau colectiv) și, implicit, în ceea ce privește titularii săi (individul/persoana aparținând unei comunități date sau comunitatea). Acest punct al analizei este deosebit de important și, ca atare, îi vom aloca o secvență particulară de explicații. Din motive de coerență, ne vom referi inițial la aspectele ce țin de conceptualizarea dreptului la identitate.

Aidoma termenului *cultură*, termenul *identitate* aduce cu sine dificultatea impunerii unei definiții clare. O parte a literaturii franceze¹ asimilează *dreptul la identitate* cu *dreptul la identificare*, atestând că atributele de identificare ale persoanei – numele, domiciliu, starea civilă – sunt premisele esențiale pentru ca individul să se bucure de dreptul la identitate. Nu suntem de acord cu această opinie.

Din punctul nostru de vedere, ca și în cazul conceptualizării culturii, încercând conceptualizarea *identității*, complexitatea termenului ne îndeamnă la adoptarea unei paradigme căreia să îi rămânem fideli pe parcursul întregului demers științific (în cazul culturii reamintim că paradigma aleasă pentru conceptualizare este idealist-constructivistă). Aceeași viziune subiectivă și intersubiectivă va fi aplicată și în cazul *identității*. Adoptând dictonul lui Quine – *Nu există entitate fără identitate* – și având în vedere cele 7 paliere de manifestare a identității examinate de profesorul Tudor Cățineanu², propunem o înțelegere hibridă a identității compusă din două premise (1) *cea ontologică (metafizică)* – *pentru a opera dreptul la identitate, inițial trebuie să găsim entitatea la care acesta se referă – de aici ideea că entitatea în cauză trebuie să existe;* (2) *cea psihologică – procesul identității presupune, în primul rând, conștiința de sine, – deci un demers reflexiv de stabilire a propriei identități.*

Identificarea se deosebește de identitate prin perspectiva pe care o aplică: (1) identificarea survine ca urmare a unui demers întreprins din exterior deoarece procesul identificării se realizează din necesitatea celorlalți de a afla despre subiect (reiterăm atributele identificării propuse de doctrina franceză – nume, domiciliu, stare civilă); (2) stabilirea identității este un proces născut dintr-o nevoie intrinsecă, particulară, care ține de individ, nu de ceilalți.

Repercusiunea juridică fundamentală a acestei segregări rezidă în aceea că, dacă identificarea se petrece independent de voința umană fiind un dat al omului, un fapt obiectiv indiscutabil, afirmarea identității individului este un proces care rezultă din manifestarea de voință a acestuia din urmă, reprezentând necesarmente o opțiune și nu un fapt constatat *a priori* de factori externi. Cu alte cuvinte, relaționarea dintre dreptul la identitate și dreptul la identificare poate fi surprinsă în următoarea formă: dreptul la identitate exprimă prerogativa persoanei de a stabili particularitățile dimensiunilor – culturală (*latò sensu*, incluzând în această sferă aspectele religioase, lingvistice, precum și cele conexe exprimării și conștiinței) sau etnică – pe care și le va apropria.

Identitatea etnică și identitatea culturală³ sunt dimensiuni ample care se disting prin unele trăsături comune⁴: (1) pentru a surprinde un sens al identității etnice și al identității culturale

¹ A. Bernard, *L'identité des personnes physiques en droit privé, remarques en guise d'introduction*, în J. Chevalier, directeur, *L'identité politique*, Paris, Ed. PUF, 1994.

² T. Cățineanu, *Registrelle Identității*, articol publicat în *Dreptul la identitate*, D.C. Dănișor, D. Dănișor (coordonatori), Ed. Universul Juridic, București, 2010, pp. 5-13.

³ Termenul *identitate culturală* a fost definit în Declarația de la Fribourg privitoare la drepturile culturale, art. 2, lit. b) ca *ansamblul de referințe culturale prin care o persoană, singură sau în comun, se definește, se constituie, comunică și înțelege să fie recunoscută în demnitatea sa.*

⁴ Trăsăturile comune enunțate au fost inspirate din studiul *Dreptul la identitate al persoanelor aparținând minorităților naționale*, D.C. Dănișor, publicat în *Dreptul la identitate*, D.C. Dănișor, D. Dănișor (coord.), Ed. Universul Juridic, București, 2010, pp. 14-59.

care să fie cât mai apropiat de realitate, este necesar să admitem că viziunea esențialistă¹ trebuie depășită și substituită cu o paradigmă mixtă idealist-constructivistă în virtutea căreia individul stabilește sensul conceptelor centrale de *cultură* și *etnie* în funcție de *modul subiectiv de înțelegere care este creat în dinamică, în funcție de relațiile pe care acesta le creează și le întreține*; (2) paradigma mixtă idealist-constructivistă poate conduce la ideea conform căreia identitatea culturală și identitatea etnică au o manieră conjuncturală de manifestare; manifestarea conjuncturală a identității etnice și culturale implică o obligație negativă din partea autorităților publice; (3) reiterând una dintre ideile ante-expuse, încadrarea individului într-o anumită etnie sau comunitate culturală este un proces care se desăvârșește prin manifestarea opțiunii individului, fiind exclusă includerea forțată într-o dimensiune sau alta.

Cu privire la manifestarea conjuncturală a identității culturale și a identității etnice, explicitată de opinia doctrinară citată² dorim să prezentăm unele amendamente pe care le considerăm necesare. Deși suntem de acord că dreptul la identitate (în dimensiunea sa culturală și etnică) are un caracter conjunctural, descoperindu-se în diferite ipostaze factice cu ocazia aplicării sale, nu suntem de acord cu ideea conform căreia în virtutea caracterului conjunctural orice precizare terminologică este exclusă. Dacă admitem opinia doctrinară la care am făcut referire înseamnă că ajungem la concluzia propusă de doctrinarii francezi³ conform căreia *nimeni nu poate pretinde să definească identitatea culturală a cuiva în locul acestuia nici să-i interzică accesul la mijloacele necesare pentru a o realiza*. Ideea exprimată anterior își regăsește cauza în complexitatea noțiunilor de lucru – *cultură* și *identitate* – și sintetizează renunțarea la a propune definiții juridice. Suntem de acord că influențele sociologice pe care le poartă ambii termeni discutați face dificilă propunerea unei definiții juridice eficiente, în special deoarece în raportul *științe sociale – drept* relația este de la întreg la parte. Este deci pretențios să pretindem că o sferă particulară poate surprinde complexitatea unor concepte care țin de un domeniu mai cuprinzător. Cu toate acestea, a îndepărta din sfera definirii juridice noțiunile de *identitate etnică* sau *identitate culturală* face cu atât mai dificilă aplicabilitatea dreptului la identitate. La fel, admitem că situațiile de manifestare a dreptului la identitate sunt diverse și exced sfera reglementărilor legale dar, din rațiuni de sistematizare, acestea ar trebui să fie menționate în norma de drept (fie doar cu titlu exemplificativ).

Un alt comentariu pe care îl considerăm necesar se referă la *stabilirea caracterului colectiv sau individual al dreptului la identitate* – aspect pe care l-am anticipat la momentul deschiderii prezentei secțiuni. În privința acestui subiect ne vom raporta, din nou, la opinia exprimată în doctrină⁴ potrivit căreia dreptul la identitate este un drept individual – pentru că se referă la prerogative ale persoanei și nu colective – dat fiind faptul că nu urmărește protecția grupului. Rezonăm parțial la această opinie. Din punctul nostru de vedere, individul și comunitatea (culturală) din care face parte nu pot fi separați în mod rigid. Este cert că din punct de vedere existențial, individul este diferit de grupul din care face parte iar acesta din urmă are o anumită autonomie care nu ține de un anumit individ din grup. *Într-adevăr, din punctul de vedere al genezei sale, dreptul la identitate este unul individual*. După cum am mai afirmat și în rândurile de mai sus, identitatea unui individ există (inclusiv la nivel juridic) pentru că individul în cauză a optat în favoarea unui anumit grup cultural. Nici o persoană nu poate să fie încadrată în mod

¹ Prin expresia *viziune esențialistă* desemnăm pre-stabilirea unui ansamblu de trăsături ale unei anumite dimensiuni (în cazul nostru dimensiunii culturale și celei etnice) care sunt privite ca imutabile și absolute; din acest punct de vedere, expresia *viziune esențialistă* coincide cu expresia *viziune statică* pe care am utilizat-o în partea de început a demersului nostru referindu-ne la viziunea statică proliferată asupra culturii.

² D.C. Dănișor, *op. cit.*

³ P. Mayer-Bisch, *Quatre dialectique pour une identité*, în *Les identités culturelles*, Will Kymlicka et Sylvie Mesure, Revue de philosophie et de sciences sociales, nr. 1/2000, Ed. PUFF, p. 282.

⁴ D.C. Dănișor, *op. cit.*

aleatoriu într-o anumită comunitate culturală și nici nu poate exista o prescripție legală care să legitimeze statul/autoritățile publice în acest sens.

Considerăm însă că în evoluția sa, dreptul la identitate se apropie de un caracter colectiv. Ne vom explica punctul de vedere: *odată ce individul a optat pentru a prelua caracteristicile culturale ale unei anumite comunități astfel încât acesta să fie recunoscut de toate subiectele de drept ca membru al comunității respective, este just să fie recunoscut, inclusiv pentru comunitatea de apartenență a subiectului nostru aceeași identitate pe care acesta din urmă o reclamă.* Mai clar, dreptul la identitate își are geneza în manifestarea de voință a individului de a adera la un set de valori specifice unei anumite comunități însă în momentul exercițiului dreptului la identitate observăm în conținutul acestuia acțiunile/non-acțiunile individului în cauză de a împlini valorile pe care și le-a însușit anterior prin manifestarea de voință. Din punctul nostru de vedere, este o contradicție între recunoașterea dreptului individului de a împlini prin acțiunile/non-acțiunile sale valorile culturale ale unei anumite comunități (al cărui membru este în mod voluntar) și ne-recunoașterea dreptului comunității de apartenență a individului de a susține, ocroti, împlini valorile care îi sunt specifice. În momentul în care individul optează pentru un anumit set de valori, acesta este conștient de faptul că (1) valorile respective exprimă specificul unei anumite comunități și că (2) prin aderarea la valorile culturale în cauză, individul va deveni membru al comunității ale cărei valori le-a interiorizat. *În lumina celor prezentate anterior, propunem ca dreptul la identitate să fie înțeles ca un drept esențialmente individual dar care, în subsidiar are vocația caracterului colectiv.* Din rațiuni de claritate, resimțim nevoia explicării opțiunii noastre pentru afirmarea dreptului la identitate ca un drept esențialmente individual.

Fără a ne dori redundanța, trebuie să afirmăm că principalul argument în temeiul căruia dreptul la identitate este, în primul rând, un drept individual poate fi exprimat în multiple sub-teze cu ajutorul paradigmei idealiste și constructiviste pe care le-am invocat inițial, astfel: (1) cultura este o componentă esențială a dreptului la identitate; propunem să definim cultura precum o reprezentare personală a realității; un mod de interpretare și interiorizare a faptelor sociale care este produsul forului intern al individului; (2) mai mult, cultura reprezintă rezultatul îmbinării paradigmei idealiste și a celei constructiviste – cultura constituie ansamblul gândurilor și interpretărilor individuale răsfrânge asupra unei realități sociale deci cultura constă într-o formă aparte de înțelegere a lumii iar această formă de înțelegere este – ca și omul-autorul paradigmei – în continuă dinamică și dezvoltare; (3) dinamica și dezvoltarea sunt trăsături de remarcă în modul de exercitare a dreptului la identitate: sigur că identitatea începe să fie exercitată după ce individul a optat pentru valorile unei anumite comunități însă odată manifestată decizia pentru o anumită identitate culturală individul nu este ținut de aceasta; manifestarea de voință a individului în adoptarea unor valori culturale nu trebuie să fie privită ca iretractabilă. *Susținem că dreptul la identitate are un caracter colectiv în subsidiar pentru că valorile comunității culturale reprezintă premisa manifestării și exercitării dreptului la identitate; în lipsa unei comunități definite în funcție de adeziunea la un grup de valori culturale, ar fi compromisă însăși geneza dreptului la identitate pentru că orice opțiune a individului ar fi nulă.*

Relativ la *garantarea juridică a dreptului la identitate*, trebuie să remarcăm că la nivel internațional și european, dreptul la identitatea nu a fost reglementat *in expressis verbis*. Cu toate acestea, recursul la explicațiile desprinse pe filieră doctrinară, expuse mai sus ne conduce la concluzia potrivit căreia pentru a fi reperat la nivel legal, dreptul la identitate, trebuie să fie căutat în prescripțiile legale care garantează dreptul individului la cultură, dreptul individului la liberă exprimare, la libertatea de conștiință sau libertatea religioasă.

Dacă ne referim la palierul european sau internațional, situația juridică a dreptului la identitate este asemănătoare cu lipsa unei dispoziții exprese în Convenția Europeană a Drepturilor

Omului în favoarea dreptului la cultură. Situația juridică enunțată nu poate echivala cu imposibilitatea de a înțelege dreptul la cultură ca fiind o prerogativă umană ocrotită implicit prin Convenția Europeană, în temeiul dispozițiilor cuprinse în art. 8 (dreptul la respectarea vieții private și de familie), art. 9 (libertatea de gândire, conștiință și religie), art. 10 (libertatea de exprimare). Același raționament îl putem aplica și în privința dreptului la identitate, aceasta cu atât mai mult cu cât, documentele internaționale și europene¹ relevante în materia drepturilor omului recunosc și reglementează dimensiunile dreptului la identitate (culturală – religioasă, lingvistică și etnică).

Putem afirma că lipsa unei stipulații *in expreis* în documentele internaționale sau europene nu duce, *de plano*, la lipsa de configurare juridică a dreptului la identitate. În absența unui model juridic internațional și european, dreptul la identitate trebuie căutat în legislația internă a statelor. Cu titlu de exemplu, în plan intern, Constituția României afirmă în art. 6 dreptul la identitate în două paragrafe (1) *Statul recunoaște și garantează persoanelor aparținând minorităților naționale dreptul la păstrarea, la dezvoltarea și la exprimarea identității lor etnice, culturale, lingvistice și religioase.* (2) *Măsurile de protecție luate de stat pentru păstrarea, dezvoltarea și exprimarea identității persoanelor aparținând minorităților naționale trebuie să fie conforme cu principiile de egalitate și de nediscriminare în raport cu ceilalți cetățeni români.*

¹ Pentru a ne susține argumentul, oferim următoarele exemple: Declarația Universală a Drepturilor Omului menționează în art. 18: Orice om are dreptul la libertatea gândirii, de conștiință și religie; acest drept include libertatea de a-și schimba religia sau convingerea, precum și libertatea de a-și manifesta religia sau convingerea, singur sau împreună cu alții, atât în mod public, cât și privat, prin învățătură, practici religioase, cult și îndeplinirea riturilor; potrivit art. 19: Orice om are dreptul la libertatea opiniilor și exprimării; acest drept include libertatea de a avea opinii fara imixtiune din afară, precum și libertatea de a căuta, de a primi și de a răspândi informații și idei prin orice mijloace și independent de frontierele de stat; Pactul Internațional cu privire la drepturile civile și politice menționează, în art. 18: 1. Orice persoană are drept la libertatea gândirii, conștiinței și religiei; acest drept implică libertatea de a avea sau de a adopta o religie sau o convingere la alegerea sa, precum și libertatea de a-și manifesta religia sau convingerea, individual sau în comun, atât în public cât și în particular prin cult și îndeplinirea riturilor, prin practici și prin învățământ. 2. Nimeni nu va fi supus vreunei constrângeri putând aduce atingere libertății sale de a avea sau de a adopta o religie sau o convingere la alegerea sa. 3. Libertatea manifestării religiei sau convingerilor nu poate fi supusă decât restricțiilor prevăzute de lege și necesare pentru ocrotirea securității, ordinii și sănătății publice ori a moralei sau a libertăților și drepturilor fundamentale ale altor; potrivit art. 19: 1. Nimeni nu trebuie să aibă de suferit din cauza opiniilor sale. 2. Orice persoană are dreptul la libertatea de exprimare; acest drept cuprinde libertatea de a căuta, de a primi și de a răspândi informații și idei de orice fel, indiferent de frontiere, sub formă orală, scrisă, tipărită ori artistică, sau prin orice alt mijloc, la alegerea sa. 3. Exercitarea libertăților prevăzute la paragraful 2 al prezentului articol comportă obligații și răspunderi speciale. În consecință, ea poate fi supusă anumitor limitări care trebuie însă stabilite în mod expres prin lege și care sunt necesare: a) respectării drepturilor sau reputației altora; b) apărării securității naționale, ordinii publice, sănătății sau moralității publice; conform art. 27 din Pact: În statele în care există minorități etnice, religioase sau lingvistice, persoanele aparținând acestor minorități nu pot fi lipsite de dreptul de a avea, în comun cu ceilalți membri ai grupului lor, propria lor viață culturală, de a profesa și practica propria lor religie sau de a folosi propria lor limbă; Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene afirmă în art. 22 diversitatea culturală, religioasă și lingvistică – Uniunea respectă diversitatea culturală, religioasă și lingvistică; Convenția-cadru a Consiliului Europei pentru protecția minorităților naționale utilizează termenul *identitate* în mod expres în preambulul său: considerând că o societate pluralistă și cu adevărat democratică trebuie nu numai să respecte identitatea etnică, culturală, lingvistică și religioasă a fiecărei persoane aparținând unei minorități naționale, dar și, deopotrivă, să creeze condiții corespunzătoare care să le permită să-și exprime, să păstreze și să dezvolte această identitate; art. 5 din Convenția-cadru a Consiliului Europei menționează: Părțile se angajează să promoveze condițiile de natură să permită persoanelor aparținând minorităților naționale să-și mențină și să-și dezvolte cultura, precum și să-și păstreze elementele esențiale ale identității lor, respectiv religia, limba, tradițiile și patrimoniul lor cultural.

Pentru a nu exista neclarități în expunerea dreptului la identitate se cuvine să realizăm în această parte finală o mențiune esențială: dreptul la identitate poate fi pus în relație cu o prerogativă a comunității (demonstrația relativismului cultural) sau poate subzista în legătură cu minoritățile naționale. Prima situație se validează dacă abordăm disputa universalism-relativism la palier internațional (comunitățile culturale fidele relativismului sunt privite, în context global ca minorități care suportă presiuni din partea majorității) iar cea de-a doua situație poate exista în concret dacă abordăm disputa universalism-relativism în interiorul statului națiune (în acest caz, standardele universale vor fi impuse de populația majoritară în timp ce minoritarii vor avea un dublu standard – cel propriu cultural și cel formal-legea majorității). Cea de-a doua situație descrisă surprinde în mod sugestiv situația premisă a apărării culturale – instituție de sorginte sociologică și juridică pe care am abordat-o într-o secțiune anterioară. Dacă reiterăm cazul *Chen*, observăm că dilema esențială propusă de apărarea culturală consta în situația minoritarului asiatic care, odată ajuns în America, rămâne fidel valorilor culturale specifice care se fundamentează pe subordonarea segmentului feminin și, într-un acces de furie, își ucide soția adulteră. Dilema lui *Chen* rezultă din conflictul dintre normele culturale ale comunității de proveniență (față de care *Chen* și-a exercitat dreptul la identitate) și legea formală clădită pe valorile majorității și susținută oficial de autoritățile americane. Două probleme se erijează în corelație cu dilema minoritarului asiatic: (1) din punct de vedere moral, care este legea care va avea autoritate asupra lui *Chen* – legea culturală pe care a ales-o în temeiul dreptului la identitate sau legea formală pe care a ales-o conjunctural, în momentul în care a optat să imigreze? (2) care este marja de acțiune pe care dreptul la identitate (culturală în speța dată) o poate reclama în concurs cu legea oficială? Pentru a realiza un echilibru între cele două perspective care vor fi constante ale studiului nostru – universalismul și relativismul cultural – considerăm prudent să afirmăm că legea culturală se va aplica în continuare individului neputând fi despărțită de conștiința acestuia, atât timp cât legea majoritară, oficială, nu va fi lezată. *Deci, marja de acțiune a legii culturale va fi limitată de situația intrării în conflict cu legea oficială, majoritară.*

○ II.3. Drepturile culturale ca aspect juridic circumscris dreptului la identitate

În secțiunea anterioară a lucrării noastre am expus coordonatele generale ale dreptului la identitate, adaptate ipotezei centrale a cărei demonstrație am urmărit-o de-a lungul studiului nostru – relația de interdependență dintre cultură și drept. Am expus dreptul la identitate precum o prerogativă care, în dimensiunea sa complexă, reflectă o pluralitate de aspecte – de la religie la etnie-aspecte dintre care cultura ocupă rolul principal. Cu alte cuvinte, drepturile culturale exprimă o ipostaziere a dreptului la identitate; spre deosebire de predecesorul lor (dreptul la identitate), drepturile culturale permit o analiză juridică mai articulată, cu toate acestea, situația lor juridică nu este una lipsită de dificultăți.

Înainte de a proceda la analiza care incumbă aspectelor pur juridice relaționate drepturilor culturale, unele precizări prealabile sunt necesare. În primul rând, trebuie să precizăm aceea că existența în plan juridic a drepturilor culturale a fost circumscrisă incertitudinii, conturându-se, încă din momentul cristalizării drepturilor culturale, polemici cu privire la *caracterul juridic* și implicit, la statutul de *drepturi în bună regulă* a drepturilor culturale. Din punct de vedere istoric, scindarea Est-Vest s-a reflectat în reglementările juridice și, în mod particular, în reglementările care privesc drepturile omului. După cum remarcă literatura de specialitate¹ în lucrările pregătitoare adoptării textului celor două Pacte Internaționale, s-a

¹ L.-M. Crăciunean, *Protecția drepturilor culturale în dreptul internațional*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, pp. 24-25.

considerat că având în vedere natura juridică a celor două generații de drepturi care fac obiectul celor două pakte (drepturile civile și politice și drepturile economice, sociale și culturale) precum și natura obligațiilor pe care cele două categorii de drepturi le incumbă statelor, doar drepturile din prima generație sunt *drepturi juridice* în timp ce drepturile economice, sociale și culturale sunt drepturi de natură politică, fără caracter juridic.

În acest context, s-a propus de către Statele Unite ale Americii și de Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord ca, în cazul drepturilor economice, sociale și culturale să discutăm despre *angajamente statale*, și să renunțăm la orice calificare juridică¹. Evidența diferențierii drepturilor civile și politice de drepturile economice, sociale și culturale, rezidă în perspectiva pe care fiecare categorie de drepturi și-o asumă: drepturile civile și politice – produse ale statelor vestice înțeleg noțiunea de *drepturi* în sens clasic precum un atribut acordat de stat în favoarea individului în scopul împlinirii personalității și demnității acestuia; drepturile economice, sociale și culturale schimbă atenția din sfera individuală în sfera statală, stabilind că drepturile trebuie să fie privite în primul rând ca o obligație a statelor și ulterior ca o prerogativă de care individul poate beneficia. Suntem de altă părere însă vom aduce mențiunile necesare subiectului ulterior enunțării celorlalte probleme juridice apărute în legătură cu drepturile culturale.

O altă problemă juridică relativă drepturilor culturale rezidă în dificultatea stabilirii *conținutului juridic* și, implicit, a *naturii juridice* a drepturilor culturale. Trebuie să remarcăm că drepturile culturale dețin un *conținut complex*, care nu poate fi definit în mod rigid ca circumscriindu-se sferei drepturilor de a doua generație. Dacă invocăm drepturile culturale, ne vom referi deopotrivă la *prerogative de sorginte politico-civilă precum libertatea de gândire, de conștiință, de religie, dar și la prerogative pur sociale precum dreptul la educație*. Pentru că își extinde sfera de conținut la prerogative mixte, ce pot fi regăsite deopotrivă în prima cât și în a doua generație de drepturi, drepturile culturale sunt, și în acest caz, umbrite de incertitudine. În consecință, unele clarificări se impun.

În primul rând, trebuie să subliniem că drepturile culturale au evoluat de la momentul primelor mențiuni cuprinse în documentele internaționale², astfel încât, în prezent, acestea nu mai pot fi numite *Cenușăreasa familiei drepturilor omului*³. Evoluția drepturilor culturale poate fi resimțită inclusiv în modul de tranșare a problemelor juridice evocate mai sus. Evoluția

¹ După cum rezultă din *Documentele Grupului de Lucru însărcinat cu studierea drepturilor economice, sociale și culturale, în cadrul celei de-a Șaptea Sesiuni a Comisiei pentru Drepturile Omului, 1951*, pp. 22-23, argumentul statelor menționate împotriva calificării prerogativelor economice, sociale și culturale ca *drepturi* poate fi sintetizat, în principal, într-o singură idee esențială: pentru ca o prerogativă să poată fi numită *drept* ea trebuie să poată face obiectul unui recurs în justiție.

² Ne referim în acest caz la mențiunile cuprinse în art. 27 din Declarația Universală a Drepturilor Omului – 1. *Orice persoană are dreptul să ia parte în mod liber la viața culturală a colectivității, să se bucure de arte și să participe la progresul științific și la binefacerile care rezultă din acesta.* 2. *Fiecare are dreptul la protecția intereselor morale și materiale care decurg din orice operă științifică, literară sau artistică al cărei autor este; și la mențiunile cuprinse în art. 15 din Pactul Internațional cu Privire la Drepturile Economice, Sociale și Culturale* – 1. *Statele Părți la prezentul pact recunosc dreptul fiecăruia: a) de a participa la viața culturală; b) de a beneficia de progresul științific și de aplicațiile sale; c) de a beneficia de protecția intereselor morale și materiale decurgând din orice producție științifică, literară sau artistică al cărei autor este. Măsurile pe care statele părți la prezentul pact le vor lua pentru a asigura deplina exercitare a acestui drept trebuie să cuprindă măsurile necesare pentru a asigura menținerea, dezvoltarea și difuzarea științei și culturii.* 3. *Statele părți la prezentul pact se angajează să respecte libertatea indispensabilă cercetării științifice și activităților creatoare.* 4. *Statele părți la prezentul pact recunosc urmările binefăcătoare care trebuie să rezulte din încurajarea și dezvoltarea cooperării și contactelor internaționale din domeniul științei și culturii.*

³ Expresia a fost utilizată de Y.M. Donders în lucrarea *Towards a Right to Cultural Identity?* School of Human Rights Research Series, volume 15, Intersententia Antwerpen, Oxford, New York, 2002, p. 65 pentru a sublinia ideea conform căreia drepturile culturale reprezintă categoria cel mai puțin protejată din ansamblul drepturilor omului.

drepturilor culturale determină dispariția incertitudinilor privitoare la caracterul lor juridic. Drepturile culturale sunt drepturi în bună regulă dacă luăm în considerare următoarele argumente: (1) drepturile culturale nu schimbă perspectiva clasică a drepturilor subiective – perspectivă conform căreia dreptul pune în centrul protecției sale individul; astfel, individul (privit desprins de comunitate sau în contextul unei comunități culturale date) rămâne în continuare tributarul protecției drepturilor culturale însă, de această dată, protecția individuală este extinsă întocmai printr-un set extins de obligații pe care statele le au în sarcina lor; (2) drepturile culturale au un caracter juridic în bună regulă pentru că acestea se bucură de un mecanism de control juridic stabilit prin Protocolul Opțional la Pactul Internațional cu privire la Drepturile Economice, Sociale și Culturale; (3) drepturile culturale nu implică doar obligații pozitive din partea statelor, care să aibă caracter preponderent financiar; dimpotrivă, ele implică și obligații negative din partea statelor – de a nu interveni, prin aceasta drepturile culturale se apropie de drepturile civile și politice considerate pur juridice.

Primul argument poate fi dezvoltat prin raportare la art. 2 alin. (1) din Pactul Internațional cu privire la Drepturile Economice, Sociale și Culturale – document care reprezintă sediul materiei în privința obligațiilor care cad în sarcina statelor părți. Potrivit textului legal citat, *Fiecare stat parte la prezentul pact se angajează să acționeze, atât prin propriul său efort, cât și prin asistență și cooperare internațională, în special pe plan economic și tehnic, folosind la maximum resursele sale disponibile pentru ca exercitarea deplină a drepturilor recunoscute în prezentul pact să fie asigurată progresiv prin toate mijloacele adecvate, inclusiv prin adoptarea de măsuri legislative.*

Interpretarea dispozițiilor de mai sus poate fi sistematizată în următoarele idei: (1) pentru asigurarea efectivă a drepturilor economice, sociale și culturale, statele părți trebuie să antreneze toate resursele și mijloacele disponibile, indiferent de caracterul acestora – administrative, financiare, educative, legislative; (2) realizarea drepturilor economice, sociale și culturale este un obiectiv urmărit a fi îndeplinit progresiv – cu alte cuvinte, obiectivul precizat trebuie să fie urmărit de statele părți în permanență, în dinamica acțiunilor statale aspect compatibil cu dinamica manifestărilor culturale; (3) din punctul nostru de vedere, recunoașterea progresivă a drepturilor economice, sociale și culturale presupune că acțiunile statelor părți nu sunt altceva decât *mijloace pentru realizarea unor standarde minime în materia drepturilor omului*, fiind în permanență susceptibile de îmbunătățiri.

În altă ordine de idei, considerăm că una dintre principalele evoluții cunoscute de drepturile culturale constă în dobândirea unui mecanism eficient de protecție și control¹.

*Protocolul Opțional la Pactul Internațional cu privire la Drepturile Economice, Sociale și Culturale*² a consolidat mecanismul de protecție și control al drepturilor aflate în sfera de aplicare a Pactului. Protocolul Opțional oferă o protecție juridică sporită drepturilor economice, sociale și culturale, transformând obligația statelor de a asigura realizarea *progresivă* a drepturilor menționate în Pact într-o obligație efectivă, a cărei evaluare nu depinde de resursele diferite și de problemele interne diferite pe care le experimentează fiecare stat.

¹ Inițial, a fost recunoscut, în favoarea drepturilor economice, sociale și culturale, un mecanism specific de protecție – denumit, în literatura de specialitate *protejarea prin ricoșeu*. Mecanismul a fost perfecționat prin practica instanțelor de judecată internaționale care au dorit consolidarea protecției drepturilor economice, sociale și culturale. Practica protejării prin ricoșeu constă în aceea că mecanismele jurisdicționale și cvasi-jurisdicționale constatau încălcări ale drepturilor sus-numite prin raportare la mecanismele de protecție și control utilizate pentru asigurarea efectivității drepturilor civile și politice. Doctrina franceză (M. Bidault, *La protection internationale des droits culturels*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 187-190) a susținut acest mecanism în virtutea tezei indivizibilității și interdependenței drepturilor omului.

² Adoptat pe 10 decembrie 2008 de Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite, deschis spre semnare pe 24 septembrie 2009 și intrat în vigoare pe 5 mai 2013. România nu a ratificat acest instrument juridic.

Instituind trei proceduri distincte (Procedura Comunicărilor Individuale, Procedura Comunicărilor Interstatale și Procedura de Informare), Protocolul Opțional aduce protecția drepturilor economice, sociale și culturale pe o poziție juridică similară drepturilor civile și politice – acestea din urmă beneficiind deja de o protecție tripartită (concretizată în procedura de raportare, sistemul de plângeri individuale și sistemul de plângeri interstatale).

Procedura comunicărilor individuale poate fi demarată în măsura în care sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiții¹: (1) să existe calitatea de victimă; (2) să existe o violare a unui drept economic, social sau cultural prevăzut de prezentul Pact; (3) să existe o violare provenită de la statul parte la Pact sub jurisdicția căruia se află respectivul subiect cu drept de sesizare; (4) să provină de la indivizii lezați sau să fie făcută în numele unor indivizi sau în numele unor grupuri de indivizi care se află sub jurisdicția unui stat parte la Pact; este demn de menționat că în ipoteza în care discutăm despre comunicarea adresată în numele unui individ sau al unui grup de indivizi, este necesar să existe consimțământul acestora la promovarea acelei comunicări, cu excepția situației în care cel care promovează acțiunea poate să dovedească importanța promovării acesteia, chiar în lipsa consimțământului celui vizat; (5) să fie epuizate toate căile interne de recurs, exceptând situația în care se face dovada că acestea s-au prelungit într-un mod considerat nerezonabil; trebuie să facem mențiunea că în contextul dat, prin căi interne de recurs înțelegem inclusiv plângerile și sesizările adresate Avocatului Poporului; (6) să nu fi trecut 1 an de la data la care au fost epuizate toate căile interne de recurs cu excepția situației în care se poate face dovada că nu a fost posibilă depunerea acestei aplicații în termenul prevăzut; (7) să nu fie vorba despre fapte comise înainte de intrarea în vigoare a Protocolului Opțional față de statul parte, cu excepția situației în care este vorba despre fapte care au început să fie comise înainte de intrarea în vigoare dar a căror derulare a continuat după intrarea în vigoare; (8) cauza să nu fi fost examinată anterior de către Comitetul pentru Drepturile Economice, Sociale și Culturale, să nu fi fost sau să nu fie examinată sub o altă procedură internațională de investigare sau soluționare; (9) comunicarea trebuie să fie compatibilă cu prevederile Pactului în sensul în care comunicarea trebuie să aibă ca obiect un drept protejat de Pact; (10) comunicarea să nu fie nefondată, insuficient dovedită sau exclusiv bazată pe rapoarte diseminate de mass-media; (11) interpretarea să nu fie abuzivă (de exemplu, comunicarea realizată în scop șicanator are caracter abuziv); (12) comunicarea nu trebuie să fie anonimă și trebuie să fie efectuată în scris.

În soluționarea procedurii comunicării individuale, se va recurge mai întâi la soluționarea amiabilă și doar în cazul în care aceasta nu dă rezultate, se trece la examinarea comunicării de către Comitetul pentru Drepturile Economice, Sociale și Culturale. În cursul soluționării procedurii comunicării individuale, Comitetul poate dispune în sarcina statului împotriva căruia s-a formulat comunicarea măsuri provizorii. După finalizarea examinării de către Comitet, vor fi transmise părților comentariile, opiniile sau recomandările propuse de Comitet iar statul în cauză este obligat ca în termen de 6 luni să transmită în scris către Comitet acțiunile întreprinse pentru realizarea indicațiilor oferite de Comitet².

Procedura comunicărilor interstatale descrie situația în care un stat parte la Protocolul Opțional aduce în atenția Comitetului că un alt stat parte nu și-a îndeplinit obligațiile asumate prin intermediul Pactului. Pentru ca procedura să fie efectivă este necesar ca ambele state să accepte, în baza unei declarații scrise, competența Comitetului. La fel ca în cazul procedurii comunicărilor individuale, inițial se va proceda la soluționarea cauzei pe cale amiabilă și doar în cazul unui eșec, cauza va ajunge în atenția Comitetului care o va soluționa pe baza unui raport³.

¹ Extrase din L.-M. Crăciunean, *op.cit.*, pp. 128-129.

² Pentru detalii suplimentare, a se consulta, L.-M. Crăciunean, *op.cit.*, p. 130.

³ Pentru detalii suplimentare, a se consulta, L.-M. Crăciunean, *op.cit.*, p. 131.

Finalmente, procedura de informare presupune că în ipoteza în care Comitetul primește înștiințări referitoare la încălcări grave și sistematice ale drepturilor economice, sociale și culturale din partea unui stat care i-a recunoscut competența, Comitetul poate să urmărească strângerea de informații în legătură cu aspectul care i-a fost adus la cunoștință. În acest scop, Comitetul va decide ca unul sau mai mulți dintre membrii săi să desfășoare procedura de informare care va fi, în tot cazul, confidențială și va fi condiționată de acordul statului parte a cărei acțiune urmează să fie cercetată. Urmare a procedurii de informare, Comitetul va transmite recomandări și comentarii sub forma unor concluzii statului vizat iar acesta din urmă va transmite, în termen de 6 luni de la primirea concluziilor, înapoi către Comitet, propriile observații cu privire la faptele desfășurate¹.

Revenind la una dintre ideile avansate anterior, evoluția drepturilor culturale a făcut posibilă depășirea incertitudinii referitoare la *natura și conținutul juridic* al drepturilor culturale. După cum am anticipat deja, drepturile culturale au o dimensiune complexă, hibridă, înglobând atât prerogative recunoscute în mod tradițional ca aparținând drepturilor de primă generație cât și prerogative care sunt circumscrise celei de-a doua generații de drepturi. Pornind de la această logică, doctrina franceză² a stabilit un caracter *transversal și hibrid* în favoarea drepturilor culturale.

Dimensiunea complexă a drepturilor culturale are influențe și asupra sistematizării lor. La nivelul dreptului internațional, sistematizarea drepturilor culturale este un demers care se reflectă într-o seamă de documente. Dintre acestea, am amintit deja Declarația Universală a Drepturilor Omului care, în art. 27 organizează, în două alineate, drepturile culturale recunoscute. Astfel, în primul alineat sunt menționate *dreptul oricărei persoane de a lua parte în mod liber la viața culturală a colectivității, dreptul de a se bucura de arte și dreptul de a participa la progresul științific și la binefacerile lui*; iar, în cel de-al doilea alineat, este menționat *dreptul pe care îl are fiecare om la ocrotirea intereselor morale și materiale care decurg din orice lucrare științifică, literară sau artistică al cărei autor este*.

De asemenea, am menționat conținutul art. 15 din Pactul Internațional cu privire la Drepturile Economice, Sociale și Culturale, text care ne dezvăluie aceleași drepturi garantate de Declarație însă într-o formă ușor modificată, în special din punctul de vedere al organizării formale. În cele trei alineate, ale art. 15 sunt precizate, distinct, (...) *dreptul fiecăruia: a) de a participa la viața culturală; b) de a beneficia de progresul științific și de aplicațiile sale; c) de a beneficia de protecția intereselor morale și materiale decurgând din orice producție științifică, literară sau artistică al cărei autor este*. În plus, în par. 3, este stipulată *libertatea cercetării științifice și a activităților creatoare*.

Am observat că diferența dintre drepturile culturale propuse de Declarație și drepturile culturale stabilite în Pact rezidă în modul de organizare a textului legal și nu în conținut. Diferențele de conținut sunt perceptibile prin aceea că dreptul fiecărei persoane de a lua parte la viața culturală este particularizat. Dacă în forma prezentată de Declarație, dreptul de a lua parte la viața culturală este o prerogativă personală garantată a se manifesta *în mod liber*, această mențiune este absentă din prevederile Pactului. În altă ordine de idei, Declarația prescrie dreptul fiecărei persoane de a lua parte în mod liber *la viața culturală a colectivității* – mențiunea despre colectivitate fiind exclusă din prevederile Pactului. Din punctul nostru de vedere mențiunea despre viața culturală a comunității poate fi interpretată în sensul

¹ Pentru detalii suplimentare, a se consulta, L.-M. Crăciunean, *op.cit.*, p. 132.

² P. Meyer-Bisch, *Les droits culturels forment-ils une catégorie spécifique des droits de l'homme?* în P. Meyer-Bisch, *Les droits culturels, une catégorie sous-développée de droits de l'homme*, Actes du VIII-e Colloque Interdisciplinaire sur les droits de l'homme, Editions Universitaires Fribourg Suisse, volume 22, 1993, p. 18.

accentuării relativismului cultural – aspect care a determinat excluderea mențiunii privitoare la viața culturală a comunității din conținutul Pactului – document care spre deosebire de Declarație, are valoare juridică obligatorie.

*Declarația de la Fribourg*¹ realizează o sistematizare a drepturilor culturale menționate în documentele internaționale, urmărind, așa cum atestă în preambulul său, evidențierea drepturilor culturale prin creșterea vizibilității lor. Declarația de la Fribourg este un document care acordă o atenție sporită drepturilor culturale și pentru faptul că acestea constituie obiectul său principal, spre deosebire de Declarația Universală a Drepturilor Omului sau de Pactul Internațional cu privire la Drepturile Economice, Sociale și Culturale care au un domeniu de aplicare mai extins.

În art. 3 – *Identitatea și moștenirea culturală* sunt stipulate următoarele drepturi: (1) dreptul fiecăruia, în mod individual sau împreună cu alte persoane, de a-și alege și de a-i fi respectată identitatea culturală, în variatele sale forme de expresie; (2) dreptul fiecăruia, în mod individual sau separat, de a-și cunoaște propria cultură și de a-i fi respectată propria cultură, inclusiv acele culturi care, în diversitatea lor alcătuiesc patrimoniul comun al întregii umanități; (3) dreptul de a avea acces, în special prin intermediul dreptului la educație și informare, la patrimoniul cultural ce constituie expresia specifică a diferitelor culturi și resursă pentru generațiile prezente și viitoare.

În art. 4 – *Apartenența la comunitățile culturale* – este menționat dreptul fiecărei persoane de a-și alege, în mod liber, să se identifice sau nu cu anumite comunități culturale precum și dreptul de a-și modifica aceste alegeri. Litera b) a art. 4 consolidează caracterul volitiv al aderării la o anumită comunitate culturală, stabilind că *este interzisă impunerea unei anumite identități culturale sau asimilarea într-o comunitate culturală împotriva voinței individului*.

Articolul 5 stabilește dreptul de a avea acces și de a participa la viața culturală – drept menționat sub formă simplificată (dreptul de a participa la viața culturală) în documentele internaționale menționate anterior. Spre deosebire de precedentele prevederi, Declarația de la Fribourg atrage atenția, prin formularea aleasă, asupra caracterului individual sau colectiv al drepturilor prescriind stabilind ca posibile ambele dimensiuni în timp ce, Declarația Universală a Drepturilor Omului sau Pactul Internațional cu privire la Drepturile Economice, Sociale și Culturale prescriu o dimensiune individuală a drepturilor culturale și, în particular, a dreptului de a participa la viața culturală.

Articolul 6 – *Educația și Instruirea* pune în legătură dreptul la educație cu drepturile culturale, fiind menționat că asigurarea educației și formării conduce la dezvoltarea identității culturale. Articolul 7 – *Comunicarea și Informarea* stabilește că informarea liberă și din surse multiple este o premisă necesară a dezvoltării identității culturale în timp ce art. 8 – *Coope-rarea Culturală* reglementează dreptul fiecărei persoane de a exercita singură, sau împreună cu alte persoane, dreptul de a participa la dezvoltarea culturală a comunității al cărui membru este.

La nivel european, drepturile culturale cunosc o abordare marginală. Dincolo de lipsa unei stipulații exprese a drepturilor culturale în Convenția Europeană a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale² – document cadru al Consiliului Europei în materia drepturilor omului, observăm că nici sistemul de drept al Uniunii Europene nu a fost receptiv la reglementarea *in expreis* a drepturilor culturale, cu toate că art. 22 al Cartei drepturilor fundamentale a Uniunii Europene reiterează angajamentul Uniunii în sensul *respectării*

¹ Document fără forță juridică, formulat în perioada 7-8 mai 2007 de Observatorul Diversității și a Drepturilor Culturale în parteneriat cu Organizația Internațională a Francofoniei și UNESCO (Organizația Națiunilor Unite Pentru Educație, Știință și Cultură).

² Convenția Europeană a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale – Semnată pe 4 noiembrie 1950 la Roma și intrată în vigoare pe 3 septembrie 1953.

diversității culturale, religioase și lingvistice. Ilustrând lipsa tradițională de competență a Uniunii Europene în materie culturală¹, Carta nu aduce nici măcar avantajul de a fi clarificat noțiunea de diversitate culturală, pentru clarificări fiind nevoiți să ne reîntoarcem la dispozițiile dreptului internațional. Declarația Universală a Organizației Națiunilor Unite pentru Educație, Știință și Cultură privind diversitatea culturală adoptată în noiembrie 2001 menționează aspecte de principiu² referitoare la diversitatea culturală, stabilind, încă din primul articol: Fiecare cultură are propria sa demnitate și valoare, ce trebuie respectate și protejate. Orice popor are dreptul și obligația să-și dezvolte propria cultură. În marea lor varietate și diversitate, și prin influențarea reciprocă pe care o exercită, toate culturile sunt parte integrantă a patrimoniului comun al umanității.

Documentul citat are valoarea unui instrument juridic de soft law³ și statornicește, după cum deja am menționat, aspecte de natură programatică și principială. Era necesar un document internațional de valoare juridică obligatorie pentru a oferi o definiție clară *diversității culturale*. Acesta a apărut în 2005 sub egida Organizației Națiunilor Unite pentru Educație, Știință și Cultură sub denumirea *Convenția UNESCO privind protecția și promovarea diversității culturale de expresie*. Acest din urmă document statuează în art. 4 pct. 1: *Diversitatea culturală se referă la multiplele moduri în care se exprimă culturile grupurilor și societăților. Aceste expresii sunt transmise în cadrul și între grupuri și societăți (...). Diversitatea culturală se manifestă nu numai prin căi variate de exprimare, sporire și transmitere a patrimoniului cultural prin intermediul varietății expresiilor culturale, ci și prin diverse moduri de creație, producție, diseminare, distribuire și utilizare artistică, indiferent de tehnologiile și de mijloacele folosite pentru acestea.*

Reîntorcându-ne la una dintre premisele de început ale studiului nostru – tensiunea dintre relativismul cultural și universalismul drepturilor omului și posibila conciliere dintre acestea două observăm că la nivel internațional, respectiv în Convenția Organizației Națiunilor Unite pentru Educație, Știință și Cultură privind protecția și promovarea diversității culturale de expresie, problema este tranșată în favoarea drepturilor omului, recunoscându-li-se, odată mai mult, caracterul universal. În art. 2 – Principii Directoare, punctul 1, este menționat principiul respectului pentru drepturile omului și libertățile fundamentale, fiind statuat că: *Diversitatea culturală poate fi protejată și promovată numai dacă sunt garantate drepturile omului și libertățile fundamentale, cum ar fi libertatea de exprimare, informare și comunicare, precum și*

¹ Intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona la 1 decembrie 2009 nu a oferit Uniunii Europene competențe exclusive în materie culturală; conform art. 3 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene, competența Uniunii este exclusivă în următoarele domenii: uniune vamală; stabilirea normelor privind concurența necesare funcționării pieței interne; politica monetară pentru statele membre a căror monedă este euro; conservarea resurselor biologice ale mării în cadrul politicii comune privind pescuitul; politica comercială comună și pentru încheierea unui acord internațional în cazul în care această încheiere este prevăzută de un act legislativ al Uniunii ori este necesară pentru a permite Uniunii să își exercite competența internă, sau în măsura în care aceasta ar putea aduce atingere normelor comune sau ar putea modifica domeniul de aplicare a acestora; cultura este menționată, în art. 6 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene, în rândul materiilor față de care Uniunea deține o competență de desfășurare de acțiuni de sprijinire, coordonare sau completare a acțiunii statelor membre (alături de protecția și îmbunătățirea sănătății umane, industria, turismul, educația, formarea profesională, tineretul și sportul, protecția civilă, cooperarea administrativă).

² *Exempli gratia:* diversitatea culturală constituie patrimoniul comun al umanității; cooperarea internațională este necesară pentru a accede și a participa la diversitatea culturală.

³ Prin expresia *soft-law* definim, în cazul de față, un document care nu are forță juridică obligatorie; noțiunea de *soft law* este asociată, în mod tradițional, cu planul dreptului internațional și, desemnează, în egală măsură, documentele care, la nivelul dreptului internațional, nu se bucură de forță juridică egală cu cea a documentelor considerate constrângătoare în mod tradițional; astfel definită în categoria *soft law* putem include planurile de acțiune, rezoluțiile sau declarațiile Adunării Generale a Organizației Națiunilor Unite, ș.a.

abilitatea persoanelor de a alege expresiile culturale. Nimeni nu poate invoca prevederile prezentei convenții pentru a încălca drepturile omului și libertățile fundamentale consfințite în Declarația Universală a Drepturilor Omului sau garantate de dreptul internațional ori pentru a limita sfera de aplicare a acestora.

Drepturile culturale creează, în ansamblul lor, conturarea juridică a identității culturale, oferind premisele pentru ca individul să își desăvârșească personalitatea. În secțiunea anterioară a lucrării noastre am punctat unele aspecte referitoare la dreptul la identitate, afirmând că elementul cultural este circumscris acesteia. În condițiile date, este just să ne punem întrebarea dacă putem discuta despre un *autentic drept la identitate culturală*.

Asupra problemei enunțate, doctrina este divizată: pe de o parte¹, se consideră că statuarea expresă a dreptului la identitate culturală nu contribuie în alt mod decât în acela de a aduce și mai multă opacitate problemei drepturilor culturale (oricum suficient de lipsite de conceptualizare), pe de altă parte, există opinia conform căreia avantajele aduse în materia drepturilor culturale au fost posibile grație evoluției înregistrată urmare a nenumăratelor provocări științifice pe care drepturile culturale au fost nevoite să le înfrunte².

Din punctul nostru de vedere, dreptul la identitate culturală există pentru că ființarea sa este una personală, subiectivă, rămânând doar ca aceasta să fie consacrată în sfera documentelor relevante destinate drepturilor omului. Noțiunea de *drept la identitate culturală* a fost utilizată deja în documente aparținând categoriei soft law precum Rezoluția nr. 2002/26 din 22 aprilie 2002 sau Rezoluția nr. 2005/20 din 15 aprilie 2005³ însă nu a fost preluată și promovată în documentele de drept internațional recente, aparținând sferei reglementărilor constrângătoare precum Convenția Organizației Națiunilor Unite pentru Educație, Știință și Cultură privind protecția și promovarea diversității culturale de expresie. Ca și în cazul dreptului la identitate, dreptul la identitate culturală se manifestă prin aceea că individul acceptă anumite referințe culturale și, în mod implicit, apartenența la o comunitate culturală dată iar formalizarea acestuia este o necesitate. Stipularea *in concreto* în documentele juridice cu forță obligatorie a dreptului la identitate culturală ar produce, după aprecierea noastră, o „democratizare” a drepturilor culturale, întărind teza unanim acceptată în doctrină conform căreia identitatea culturală constituie o parte integrantă a demnității umane. Conceptul juridic de *cultură* și dreptul la cultură ar fi coborâte din înaltul dedicat elitelor sociale, încetând să mai fie o excentricitate juridică și ar produce consecințe asupra vieții cotidiene a indivizilor, fiecare om în parte sau în asociație, putând reclama dreptul la identitate culturală.

¹ Y.M. Donders, *op. cit.*, p. 1.

² P. Thornberry, *The UN Declaration on Rights of Persons Belonging to Minorities*, în A. Philips, A. Rosas (editors), *The UN Minority Declaration*, 1993, p. 41.

³ Adoptate de Comisia ONU asupra Drepturilor Omului.

Integrarea factorului cultural în analiza egalității de gen în dreptul internațional al drepturilor omului și în dreptul internațional umanitar

I. Angajamente globale ale Organizației Națiunilor Unite¹ în domeniul drepturilor femeii

Cultura patriarhală și schemele de gândire asociate acesteia au generat, la nivelul comunității internaționale, inițiative al căror scop constă în creșterea gradului de protecție juridică a drepturilor femeii. Am denumit generic aceste inițiative internaționale *angajamente globale* asumate de ONU în domeniul promovării egalității între genuri. Vom prezenta, în rândurile următoare, angajamentele globale prin evidențierea principalelor obiective, strategii, declarații, planuri/platforme de acțiune avansate de Conferințele Internaționale² în materia drepturilor femeii.

Înainte de a proceda la evidențierea particularităților angajamentelor globale, avansăm trăsăturile comune ale acestora: (1) conferințele internaționale și obiectivele mileniului aparțin categoriei dreptului internațional neconstrângător (*soft law*), având o dublă vocație: de a propune direcțiile de acțiune necesare pentru atingerea egalității de gen *in concreto* și de a constitui o sursă de inspirație pentru instrumentele juridice obligatorii; (2) angajamentele globale au caracter *cuprinzător*³ – referindu-se la aplicarea egalității de gen în toate domeniile de acțiune (de la sănătate și educație, la participare politică și conflict armat) și la toate nivelurile (internațional, regional, național); (3) angajamentele globale se află într-o strânsă interdependență astfel încât obiectivele, strategiile, direcțiile de acțiune prezentate în cadrul unei conferințe sunt preluate, dezvoltate și monitorizate în cadrul conferinței internaționale subsecvent; (4) concluzia atinsă în urma evaluării fiecăreia dintre inițiativele internaționale constă în *evidențierea progresului în implementarea principiului egalității între genuri, însă fără a fi atins nivelul maxim de protecție*; (5) angajamentele globale produc, în final, o diagnoză asupra gradului de realizare a egalității *de facto*, subliniind că protecția juridică a drepturilor femeii constituie un proces progresiv, adaptabil care reclamă permanenta consolidare prin (a) re-evaluarea instrumentelor juridice obligatorii care deja există în materia drepturilor femeii și prin (b) fundamentarea unor noi instrumente juridice.

¹ *Brevitatis causa*, vom folosi pe parcursul lucrării noastre acronimul ONU pentru a desemna *Organizația Națiunilor Unite*.

² Pentru o analiză detaliată a efectelor produse de Conferințele Internaționale în materia drepturilor omului asupra evoluțiilor ulterioare a protecției juridice a drepturilor femeilor, a se consulta W. Harcourt, *The Global Women's Rights Movement: Power Politics around the United Nations and the World Social Forum*, Civil Society And Social Movements, Programme Paper Number 25, August 2006, United Nations Research Institute For Social Development, pp. 1-20.

³ În lucrarea noastră, caracterul *cuprinzător* al angajamentelor globale analizate rezultă din introducerea, la nivel discursiv și calitativ, a *factorului cultural*. După cum vom demonstra în abordarea fiecărui angajament global, factorul cultural a constituit, de-a lungul timpului, un element de limitare a sferei de protecție a drepturilor femeilor în majoritatea domeniilor de activitate. Drepturile femeilor și protecția acestora prin regulile *soft law* dezvoltate la nivelul Conferințelor Internaționale au fost abordate în doctrină de B.H. Truylor în lucrarea *Women's Rights as Human Rights – Rules, Realities and the Role of Culture: A Formula for Reform*, University Of Florida, Levin College Of Law, Journal Of International Law, Volume XXI, No. 3, 1996, pp. 606-677.

○ I.1. Primul Angajament Global ONU specializat în materia drepturilor femeii

Conferința din Mexic, desfășurată în 1975, marchează debutul angajamentelor globale în materia drepturilor femeii și primele orientări ale Organizației Națiunilor Unite către implementarea dimensiunii de gen în toate domeniile de activitate la care se referă acțiunile sale.

Contextul general de desfășurare a Conferinței din Mexic este circumscris direcțiilor de acțiune adoptate în cadrul celei de-a 27-a Sesiune a Adunării Generale a Organizației Națiunilor Unite – direcții menționate în cuprinsul rezoluției 3010 (XXVII). Consecințele acestui demers pot fi sintetizate astfel: (1) proclamarea anului 1975 ca *Anul Organizației Națiunilor Unite Pentru Femei* – marcând începutul Deceniului Națiunilor Unite Pentru Femei (1975-1985); (2) stabilirea direcțiilor de acțiune necesar a fi urmărite pe parcursul Anului Organizației Națiunilor Unite pentru Femei. Dintre acestea menționăm: *promovarea egalității dintre bărbați și femei; asigurarea integrării totale a femeilor în efortul de dezvoltare – în special prin sublinierea importanței dezvoltării la nivel național, regional și internațional; recunoașterea importanței contribuției femeilor la dezvoltarea relațiilor de cooperare dintre state și la consolidarea păcii mondiale.*

Problema organizării unei conferințe internaționale dedicată drepturilor femeilor s-a cristalizat în cadrul celei de-a 25-a Sesiuni a Comisiei pentru Statutul Femeilor. În cadrul acestei reuniuni, se recomanda Consiliului realizarea unui program de acțiune al cărui obiectiv să fie concretizat prin organizarea unei conferințe orientată către aspectele referitoare la drepturile femeilor. Prin aprobarea inițiativei Conferinței Internaționale în cadrul celei de-a 56-a Sesiuni a Consiliului ONU au fost trasate de Consiliul Economic și Social *obiectivele esențiale* ale Conferinței din Mexic: (1) *să se examineze în ce măsură organizațiile sistemului Națiunilor Unite au implementat recomandările pentru eliminarea tuturor formelor de discriminare față de femei – recomandări realizate de Comisia cu privire la Statutul Femeilor de la data constituirii acesteia;* (2) *să se lanseze un program de acțiune internațională care să includă măsuri pe termen lung și pe termen scurt al căror obiectiv să fie îndreptat către integrarea femeilor ca parteneri egali cu bărbații în efortul de a obține dezvoltarea integrală;* (3) *eliminarea discriminării pe bază de sex, obținerea unei implicări extinse a femeilor în consolidarea păcii internaționale și eliminarea rasismului și a discriminării rasiale*¹.

Conținutul Declarației Conferinței din Mexic² sintetizează ideile la care au ajuns prin *consens statele participante la Conferință* în materia îmbunătățirii aspectelor care țin de egalitatea între bărbați și femei. Ideile asupra egalității dintre bărbați și femei sunt propuse/analizate în contextul sublinierii *cauzelor de discriminare, a factorilor care influențează fenomenul discriminării și a nevoii reale de a depăși discriminarea femeilor în vederea îmbunătățirii existenței umane la nivel global.* Declarația subliniază diferitele dimensiuni ale egalității prin avansarea unui ansamblu de 30 de principii menite să asigure eliminarea discriminării femeilor din toate domeniile de activitate și din toate sferile de acțiune. Similar cu Declarația Universală a Drepturilor Omului, primul principiu menționat în Declarația din Mexic explică egalitatea între bărbați și femei prin raportare la *demnitatea umană* și la valoarea pe care toți oamenii o dețin în virtutea umanității lor.

În sinteză, cele 30 de principii cuprinse în conținutul Declarației abordează problemele derivate din raporturile de inegalitate dintre bărbați și femei, avansând propuneri pentru depășirea acestora prin recunoașterea *egalității dintre femei și bărbați în drepturi și în*

¹ *Report on the World Conference of the International Women 's Year*, Mexico City, 19 June – 2 July 1975, United Nations, New York, 1976, Chapter IV *Constitution of the Conference*, par. 5, p. 116.

² *Declaration of Mexic On The Equality Of Women And Their Contribution To Development And Peace*, United Nations, 1975.

responsabilități la nivel privat (familial) și în sfera publică. Exempli gratia, principiul 5 menționează drepturile și responsabilitățile egale ale femeilor și bărbaților în familie și în societate. Principiul menționat este dezvoltat prin propunerea implicării extinse a bărbaților în viața de familie astfel încât femeile să poată beneficia de drepturi egale în domeniul public. În aceeași ordine de idei, principiile subsecvente (principiile 6 și 7) avansează premise pentru asigurarea egalității dintre bărbați și femei în sfera publică și în sfera privată prin garantarea oportunităților egale de educație (principiul 6) în scopul dezvoltării potențialului intelectual și prin garantarea echității în muncă (principiul 7). În mod concret, se urmărește garantarea oportunităților egale în privința angajării, remunerării (remunerare egală pentru muncă egală) și avansării.

Sistemul de principii consacrat de Declarația din Mexic stabilește conexiunea între egalitatea dintre genuri, dezvoltarea socială și creșterea economică. Principiile cuprinse în punctele 14-20 impun ideea conform căreia *dezvoltarea și progresul societății împreună cu dezvoltarea economică nu pot fi atinse prin eliminarea din palierul decizional a jumătății feminine din populația lumii*. Punctele finale ale Declarației (principiile cuprinse în punctele 26-30) subliniază implicațiile esențiale ale participării femeilor în procesul de menținere a păcii: asigurarea respectării principiilor suveranității naționale și a neamestecului în afacerile interne ale statelor. Contribuția femeilor în menținerea păcii este evaluată în funcție de două etaloane diferite: (1) în plan privat, femeile pot decide, în parteneriat cu bărbații, în vederea eliminării conflictelor din cadrul familiei și comunității; (2) în sfera publică, femeile pot participa activ în lupta împotriva manifestărilor conflictuale precum *colonialism, neo-colonialism, apartheid, discriminarea rasială, etc.*

Factorul cultural este recunoscut în mod implicit ca un element care limitează posibilitatea de dezvoltare, în condiții egale cu partenerii masculini, a capacităților feminine. În acest sens, considerăm relevantă prevederea cuprinsă în punctul 8 din Declarație care indică rolul mijloacelor de comunicare și informare în procesul de înlăturare a aspectelor culturale și atitudinale care inhibă dezvoltarea femeilor. Referințe privitoare la rolul factorului cultural în procesul de emancipare a femeilor vor fi regăsite în conținutul Planului Global de Acțiune Pentru Implementarea Obiectivelor Anului Internațional al Femeilor.

Arile de interes pentru procesul de dezvoltare a drepturilor femeii, menționate în Planul de Acțiune, sunt organizate pe 9 paliere: (1) cooperarea internațională și consolidarea păcii internaționale; (2) participare politică; (3) educație și formare; (4) angajare și roluri sociale relaționate; (5) sănătate și nutriție; (6) familia în societatea modernă; (7) populație; (8) locuință și facilități asociate; (9) alte chestiuni sociale. Planul de Acțiune enumeră la pct. 45 lit. k), în rândul obiectivelor fixate la nivel național pentru perioada 1975-1980, rolul educației formale, informale și al educației pe durata întregii vieți în re-evaluarea rolurilor de gen în scopul împlinirii bărbaților și femeilor ca ființe individuale în cadrul familiei și în cadrul comunității. În sfera de acțiune *educație și formare*, par. 87 impune solidaritatea între reprezentanții domeniul academic și societatea civilă pentru îmbunătățirea gradului de educație și de ocupare a forței de muncă în rândul femeilor. În sfera de acțiune *familia și societatea modernă*, în par. 126, *factorul cultural este prezentat în relație cu rolurile tradiționale de gen iar nevoia de schimbare în vederea îmbunătățirii statusului femeilor constă în re-evaluarea funcțiilor și a rolurilor tradiționale alocate fiecăruia dintre sexe*. Importanța educației feminine este subliniată inclusiv în aria de interes *populație*, în par. 135-136 fiind subliniat că nivelul educațional al femeilor este inexorabil legat de aspecte demografice precum rata natalității, a mortalității sau fenomenul migrației. De asemenea, gradul de educație al femeii este asociat cu dimensiunea familiei, recunoscându-se dreptul femeilor de a decide în mod individual și responsabil asupra numărului nașterilor și a distanței dintre acestea.

○ I.2. Continuarea demersurilor în materie: Conferința de la Copenhaga

Complexitatea obiectivelor stabilite în cadrul Conferinței din Mexic a atras nevoia creării unui mecanism care să monitorizeze gradul de implementare al acestora. Conferința Internațională de la Copenhaga, desfășurată în perioada 14-30 iulie 1980¹, a fost inițiată cu scopul de a re-evalua situația respectării drepturilor femeii și de a verifica gradul de realizare a obiectivelor declarate în cadrul Conferinței Internaționale din Mexic. Conferința avansa programul de acțiune pentru cea de-a doua jumătate a Decadei Națiunilor Unite pentru Femei (perioada 1980-1985), sub egida *Egalitate, dezvoltare și pace*. Prin Rezoluția nr. 33/185 adoptată de Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite pe 29 ianuarie 1979 au fost stabilite sub-temele Conferinței din Copenhaga: *inserarea pe piața muncii, sănătate și educație*. Spre deosebire de Conferința Internațională din Mexic, Conferința Internațională din Copenhaga urmărea *creșterea gradului de inserare a femeilor pe piața muncii prin promovarea de oportunități de angajare și prin stabilirea de facilități în materie de sănătate și de educație*.

Obiectivele *păcii, egalității și dezvoltării* – deja declarate anterior în Mexic sunt reiterate și explicate în cadrul Conferinței din Copenhaga. Raportul final al Conferinței² explică cele trei concepte în inter-relaționare, asigurând că nu poate exista *egalitate substanțială* în absența dezvoltării în toate domeniile existenței umane și în lipsa unui climat de pace și siguranță. Conferința de la Copenhaga prezintă egalitatea în sens *substanțial* – precum statutul egal dintre femei și bărbați în drepturi, responsabilități și oportunități, depășind prin aceasta limitele impuse prin egalitatea formală. Reținem că aceasta din urmă implică eliminarea discriminării din conținutul normelor de drept. Raportul Final al Conferinței de la Copenhaga identifică, în secțiunea *Perspectivă Istorică*, ca sursă a inegalităților dintre femei și bărbați, un complex de factori politici, economici, sociali și culturali. Ultimele două categorii de factori impun *segregarea public/privat* – sfera publică fiind destinată bărbaților iar cea privată femeilor. Segregarea este justificată prin luarea în considerare a particularităților biologice a femeilor precum nașterea și îndeplinirea funcției sociale a maternității.

În această ordine de idei, este menționat *in expresis* că deși rolul tradițional alocat femeilor – acela de a crește copii – este respectat în multe comunități, acest rol este adesea separat de posibila calitate a femeii-mamă de a fi un contribuitor real la economia de piață. De asemenea, limitele egalității sunt prezentate ca fiind determinate de limitele în dezvoltare. Factorul cultural este precizat în mod indirect în definirea *obiectivului dezvoltării*. În acest sens, este menționat, în Raportul Final al Conferinței, că *dezvoltarea și schimbarea statutului femeilor* implică schimbări ale rolurilor și atitudinilor femeilor și bărbaților. Finalmente, conexiunea dintre egalitate și dezvoltare cu obiectivul *păcii* rezultă prin aceea că în absența păcii nu poate fi obținută dezvoltarea socială iar inegalitățile (inclusiv cele dintre genuri) vor subzista.

Suntem de părere că implicățiile aduse de schemele de gândire patriarhală asupra egalității de gen sunt subliniate în Raportul Final al Conferinței în sensul în care există o preocupare evidentă pentru îmbunătățirea sectoarelor de activitate care în mod tradițional sunt asociate femeilor rezultatul fiind menținerea stereotipurilor legate de rolurile și atitudinile femeilor. De asemenea, factorul cultural este luat în considerare prin analizarea problemei repercusiunilor aduse de dreptul cutumiar asupra sferei protecției juridice a drepturilor femeii. Raportul Final al Conferinței de la Copenhaga menționează în secțiunea măsurilor legislative adoptate la nivel național pentru îmbunătățirea gradului de participare al femeilor la

¹ Expunerea descriptivă asupra modului de desfășurare a Conferinței de la Copenhaga este realizată de M. Fulton în lucrarea *Copenhagen-Mid Decade World Conference On Women 1980*, Atlantis Journal, volume 6, no. 2, pp. 194-201.

² *Report of the World Conference of the United Nations Decade For Women: Equality, Development and Peace*, Copenhagen, 14 to 30 July 1980, United Nations, New York, 1980, pp. 4-5.

dezvoltarea economică și socială că în statele în care se aplică dreptul cutumiar, este datoria autorităților să contracareze, prin mijloace legislative, eventualele încălcări ale drepturilor femeilor comise ca urmare a aplicării dreptului cutumiar.

În domeniul educațional, Conferința de la Copenhaga enunță obiectivul *modificării atitudinilor prin eliminarea stereotipurilor tradiționale asupra rolurilor de gen și prin stimularea creării unei imagini noi și pozitive referitoare la participarea femeilor în familie, pe piața muncii și în viața socială și publică*. Astfel, este reiterată perspectiva Conferinței din Mexic privitoare la necesitatea conexării factorului cultural și a implicațiilor acestuia asupra drepturilor femeii, cu protecția juridică a acestora din urmă. În aceeași ordine de idei, observăm în rândul obiectivelor educaționale ale Conferinței din Copenhaga: (1) promovarea programelor educaționale pentru copii, în special pentru cei de vârstă pre-școlară precum și pentru tineri în scopul schimbării rolurilor tradiționale atribuite prin norme culturale femeilor și bărbaților; (2) identificarea constrângerilor de natură culturală sau socială aplicate unor categorii neprivilegiate și formularea și implementarea de programe destinate depășirii barierelor culturale și sociale. În relație cu protecția tinerilor, Raportul Final al Conferinței de la Copenhaga subliniază nevoia de a promova, la nivel național, politici guvernamentale necesare educației, sănătății, angajării femeilor tinere pentru ca acestea să beneficieze de sprijin și îndrumare în remodelarea sistemelor comportamentale și atitudinale.

○ 1.3. Strategiile de la Nairobi

Din punct de vedere ideologic, Conferința de la Nairobi, desfășurată în perioada 15-26 iulie 1985, reiterează angajamentele propuse în cadrul Conferinței Internaționale din Mexic (1975) și dezvoltate în cadrul Conferinței Internaționale de la Copenhaga (1980). Cele trei dimensiuni dorite a fi implementate în materia drepturilor femeii rămân *egalitatea, dezvoltarea și pacea* iar sub-temele Conferinței sunt identice cu cele enunțate în cadrul Conferinței de la Copenhaga (inserare pe piața muncii, sănătate și educație). Păstrând aceleași angajamente ideologice ca și predecesoarele sale, Conferința de la Nairobi își asumă misiunea de a asigura realizarea în practică a obiectivelor fixate la începutul decadei femeilor prin implementarea unor strategii specifice de acțiune¹.

Raportul Final al Conferinței de la Nairobi² demonstrează adoptarea unei perspective inovatoare asupra egalității, aceasta fiind înțeleasă atât ca *un mijloc* cât și ca *un obiectiv* care orientează indivizii către exploatarea oportunităților și către dezvoltarea capacităților și abilităților personale. Cu referire la statutul femeilor, *egalitatea* înseamnă îndepărtarea discriminărilor de natură diferită (instituțională, culturală, comportamentală) în vederea realizării în mod concret a drepturilor femeilor. De asemenea, Conferința de la Nairobi evidențiază, dintre factorii care împiedică realizarea egalității *de facto* dintre bărbați și femei, factorii sociali și culturali, subliniind că starea de inegalitate istorică atribuită femeilor derivă din: (1) nevalorificarea abilităților lor productive și reproductive, (2) din atribuirea unei însemnătăți reduse implicării femeilor în deciziile adoptate în sfera publică, (3) din alocarea, în sarcina femeilor, a dublei responsabilități: de natură publică și privată. Suntem de părere că în paragraful 22 din Raportul Final al Conferinței de la Nairobi, *este argumentată relevanța factorului cultural în*

¹ Gradul de împlinire a obiectivelor stabilite în cadrul Conferinței de la Nairobi a fost evaluat în lucrarea *Nairobi+21 Commemorating the Third UN World Conference On Women*, Compiled by the African Woman and Child Feature Service, with support from the Heinrich Böll Foundation – Regional Office for East and Horn of Africa, 2007, pp. 1-61.

² *Report of the World Conference to Review and Appraise the Achievements of the United Nations Decade For Women: Equality, Development and Peace*, Nairobi, 15-26 July 1985, United Nations, New York, 1986.

consolidarea protecției femeilor într-un dublu sens: (1) schimbările de conștiință și aspirații ale femeilor și (2) schimbările atitudinale și comportamentale ale membrilor societății față de femei. Cele două sensuri determină modificarea tiparelor de gândire și comportament din societate și afectează în mod direct statutul femeilor prin impactul produs asupra instituției familiei.

Strategiile avansate la Nairobi în materia drepturilor femeii sunt de natură multidimensională: pe de o parte, ele sunt menite să abordeze toate inconvenientele concrete identificate în obținerea obiectivelor egalității, dezvoltării și păcii (luând în considerare, de la caz la caz, factorul cultural), iar, pe de altă parte, strategiile au vocația de a identifica potențialele amenințări în realizarea obiectivelor stabilite. În privința realizării în mod concret a obiectivului egalității, par. 45 din Raportul Final al Conferinței indică faptul că deși nu există argumente științifice (psihologice) pentru promovarea subordonării femeilor precum-(1) subevaluarea muncii casnice; (2) asocierea muncii casnice în mod exclusiv cu responsabilitățile femeilor; (3) ideea capacităților inferioare ale femeilor – motivele respective subzistă și inhibă schimbarea structurală și atitudinală necesară pentru eliminarea inegalităților. Relativ la punctul 2, paragraful 101 cuprins în Raportul Final al Conferinței de la Nairobi, textul său arată că atitudinile tradiționale sunt cele care împiedică degrevarea femeilor de sarcinile care le-au fost atribuite în temeiul segregării de gen iar persistența atitudinilor tradiționale contribuie la agravarea statutului personal al femeilor și limitarea performanței feminine în sfera publică.

Strategiile de la Nairobi sunt concentrate pe avansarea de măsuri concrete în vederea obținerii *egalității de facto* între bărbați și femei în diverse domenii de activitate (*exempli gratia*, interzicerea discriminării la locul de muncă în funcție de situații specifice precum sarcină, concediul de maternitate, statut marital; eliminarea tuturor stereotipurilor și atitudinilor negative față de femei; asigurarea participării femeilor în toate nivelurile ocupaționale și decizionale). În scopul atingerii *egalității de facto* sunt propuse inclusiv *măsuri pozitive*. Caracterul măsurilor pozitive este *vremelnic* (măsurile vor fi menținute până la restabilirea unei reprezentări echilibrate a genurilor) și *special* (măsurile sunt adoptate ca urmare a unei stări de inegalitate promovate de-a lungul istoriei).

Tiparele de gândire patriarhale afectează în mod complex drepturile femeilor: atât în sfera internă (în materie educațională, de sănătate, angajare) cât și în sfera externă (fenomenul migrației), în condiții de pace și în condiții de război. Referitor la cel din urmă aspect, reținem că par. 243 din Raportul Final al Conferinței de la Nairobi admite caracterul vulnerabil al femeilor ca și grup social în situații de conflict. În aceeași ordine de idei, par. 251 stabilește că în scopul obținerii unui climat de pace este necesară solidarizarea tuturor membrilor societății (bărbați și femei) iar ultima teză a par. 257 subliniază importanța limitării atitudinilor/practicilor negative și discriminatorii față de femei în procesul de menținere a păcii.

Finalmente, observăm că în categoria *ariilor speciale de interes* (paragrafele 277-304 cuprinse în Raportul Final al Conferinței) sunt prezentate probleme specifice ale femeilor aflate în anumite circumstanțe (*exempli gratia* femeile migrante, femeile indigene, femeile în stare de sărăcie, femeile abuzate, refugiate, femeile cu dizabilități). În acest mod este determinată *discriminarea multiplă* ca fenomen dependent de condițiile socio-culturalo-economice menționate anterior.

○ I.4. Re-evaluarea din cadrul Conferinței de la Viena: drepturile femeii sunt drepturi ale omului

Liniile directoare stabilite în materia protecției drepturilor omului și, implicit, în materia protecției drepturilor femeii ca drepturi ale omului au fost supuse, prin Conferința de la Viena din 1993, unei re-evaluări necesare. Deși direcțiile de acțiune trasate de conferințele

precedente au avansat o abordare comprehensivă a problemelor, rezultatul nu a fost de natură să înlăture toate inegalitățile dintre sexe. Cu alte cuvinte, demersurile de natură cvasi-exhaustivă nu au beneficiat, la finalul conferințelor internaționale, de rezultate corespunzătoare.

Conferința de la Viena – având ca instrumente politico-juridice Declarația de la Viena și Planul de Acțiune – a avut ca scop consolidarea sistemului de protecție a drepturilor femeii prin formularea lătmotivului: *drepturile femeii sunt drepturi ale omului*. Formularea din urmă are scopul de a clarifica statutul femeilor în relație cu limitările impuse în temeiul normelor culturale. Negarea drepturilor femeilor prin apel la dimensiunea culturală (incluzând tradiții, obiceiuri, religie) este eliminată prin stabilirea principiului *drepturile femeii sunt drepturi ale omului*. Principiul sintetizează, în opinia noastră, eforturile întreprinse în cadrul celorlalte Conferințe prin faptul că garantează drepturile femeilor în toate domeniile de activitate și asigură în favoarea acestora trăsăturile *universalității, inalienabilității, interdependenței, indivizibilității*. De asemenea, apreciem că *recunoașterea expresă a drepturilor femeii ca drepturi ale omului* determină eliminarea segregării *public/privat*. La rândul său, eliminarea segregării *public/privat* constituie o premisă esențială pentru eliminarea formelor de discriminare feminină care există în sfera privată (ne referim în principal la violență fizică, economică, psihologică).

Principiile stabilite în Declarația de la Viena și în Planul de Acțiune corespondent¹ sunt coerente și se completează reciproc. În preambulul Declarației, valoarea egalității este prezentată în legătură cu domeniul drepturilor omului și cu inițiativele (echilibrate) întreprinse/posibil de întreprins din partea organelor ONU responsabile în materie. Protecția drepturilor omului este recunoscută precum principalul obiectiv al comunității internaționale iar justificarea teoretico-praxiologică a acestei protecții izvorăște din *demnitatea umană* – ca valoare socială supremă. Standardul egalității se validează deoarece este reglementat în mod interdependent în instrumentele legale internaționale: Declarația de la Viena identifică precum model juridic în materia protecției internaționale a drepturilor omului, Carta ONU – instrument legal care subliniază în preambulul său respectul pentru drepturile omului, pentru demnitatea și valoarea umană, pentru *asigurarea egalității între bărbați și femei*, între națiunile mari și națiunile mici.

Punctul 5 al Declarației de la Viena constituie, în opinia noastră, premisa pentru garantarea drepturilor femeii în contextul diversității culturale. Conform textului citat, drepturile omului trebuie să fie tratate în mod egal la nivel global având în vedere caracteristicile universalității, interdependenței, indivizibilității și interrelaționării. În cea de-a doua teză este soluționată, pe cale oficială, dezbaterea privitoare la conflictul dintre *cultură și drepturile omului* în favoarea acestora din urmă: *deși particularitățile naționale și regionale precum și contextele istorice, culturale și religioase trebuie să fie avute în minte, este datoria statelor, indiferent de sistemele politice, economice, culturale, să promoveze și să protejeze toate drepturile omului și libertățile fundamentale*. Suntem de părere că pct. 5 al Declarației exprimă protecția drepturilor femeii în fața solicitărilor de natură culturală luând în considerare faptul că dintre titularii drepturilor omului, femeile sunt cele care au suferit limitări ale drepturilor lor în temeiul considerentelor culturale și a argumentului relativismului cultural.

Punctul 18 al Declarației de la Viena exprimă și dezvoltă principiul *drepturile femeii sunt drepturi ale omului* prin apel la trei teze diferite. În prima teză sunt reafirmate caracteristicile universalității, indivizibilității, interdependenței și inalienabilității drepturilor femeii și a drepturilor copiilor de gen feminin, fiind enunțat ca obiectiv major al comunității internaționale *participarea completă și totală a femeilor în toate sferile – politice, economice, sociale și culturale – și la toate nivelurile – național regional și internațional*. În cadrul celei de-a doua teze, eliminarea limitelor culturale în garantarea drepturilor femeii este prezentată prin

¹ Ambele documente au fost proclamate solemn în cadrul Conferinței de la Viena cu privire la drepturile omului desfășurată în 25 iunie 1993.

raportare la exemple concrete. În speță, punctul 18, teza a II-a din Declarație interzice aplicarea violenței, a formelor de hărțuire sexuală sau a exploatării inclusiv dacă acestea rezultă din norme culturale întrucât sunt incompatibile cu demnitatea umană. Finalmente, cea de-a treia teză privește adoptarea de măsuri legislative în vederea promovării drepturilor femeii în cadrul activităților organelor ONU.

Punctele 19 și 20 ale Conferinței de la Viena asigură respectul pentru diversitatea culturală, stabilind în favoarea membrilor comunităților indigene sau a minorităților posibilitatea de manifestare liberă a particularităților aferente culturii lor. Egalitatea și nediscriminarea precum și respectul pentru drepturile omului și pentru trăsăturile specifice acestora reprezintă limite ale libertății culturale. Paragraful 36 al Conferinței subliniază importanța evaluării rolului asumat de populația feminină în procesul de dezvoltare, prin considerarea atât a rolului de agent în procesul de dezvoltare cât și a rolului de beneficiar. Rolurile de agent și beneficiar acordate femeilor corespund, în interpretarea noastră, rolurilor de producere și reproducere alocate femeilor în temeiul Conferințelor anterioare.

Contribuția femeilor la menținerea păcii constituie un aspect reiterat cu ocazia Conferinței de la Viena, la acesta adăugându-se protecția specială necesar a fi garantată femeilor în situații conflictuale. Paragraful 38 din Declarația de la Viena subliniază nevoia de îndepărtare a tuturor formelor de discriminare față de femei prin eliminarea stereotipurilor culturale și a extremismului religios. De asemenea, tiparele de cultură/religie care mențin stereotipuri în materia drepturilor femeii favorizează menținerea practicilor violente. În acest sens, este menționat *in expresis* că violarea drepturilor fundamentale ale femeilor presupune încălcarea normelor internaționale din domeniul drepturilor omului și din domeniul dreptului umanitar. Încălcările drepturilor omului în contextul conflictelor armate precum violuri sistematice, sclavie sexuală sau sarcini forțate constituie situații particulare care afectează, de regulă, segmentul feminin al populației.

Sintetizând ideile avansate de Conferința de la Viena, literatura de specialitate¹ observă că cea mai importantă realizare constă în declararea universalității drepturilor femeii ca drepturi ale omului. Consecința fundamentală a acestui principiu trebuie să fie înțeleasă, conform opiniei citate anterior, în sensul în care femeile nu au experiențe identice iar alegerile lor nu trebuie să fie identice. Universalitatea drepturilor femeii presupune, în primul rând, posibilitatea de a solicita aplicarea practică și eficientă a drepturilor, fără să existe limite culturale. Experiențele femeilor se remarcă prin diversitate și complexitate iar abordarea acestora trebuie să fie integrală.

Gradul de îndeplinire a obiectivelor Conferinței de la Viena a fost evaluat în cadrul reuniunii aniversare desfășurată în perioada 25-26 iunie 2013. Declarația aniversară de la Viena, cunoscută în literatura de specialitate sub denumirea *The Vienna +20 CSO Declaration*² menționează în partea preambulară că unele obiective stabilite în Declarația și Planul de Acțiune de la Viena din 1993 nu au fost îndeplinite în mod concret, recunoscând, în același timp, că cele două instrumente stabilite la Viena în 1993, nu pot aborda noile provocări în materia drepturilor omului precum: inegalitățile în dezvoltare existente la nivel global, promovarea unei culturi a impunității pentru fapte de corupție, globalizarea, creșterea criminalității, accentuarea exploatării femeilor în contextul intensificării capitalismului global și a structurilor patriarhale³.

¹ C. Bunch, *Legacy of Vienna: Feminism and Human Rights*, International Conference of Vienna+20, Vienna, 27 iunie 2013.

² *The Vienna +20 CSO Declaration – Strengthening the Human Rights Movement Globally*, adoptată la Viena pe 26 iunie 2013.

³ Analiza detaliată asupra evoluțiilor înregistrate în materia drepturilor femeilor ulterior Conferinței de la Viena din 1993 este cuprinsă în lucrarea realizată de Geneva Academy Of International Humanitarian Law

În partea introductivă a Declarației Revizuite de la Viena, este dezvoltată teza *primatului drepturilor omului*. Reținem că Declarația adoptă perspectiva dreptului natural în definirea drepturilor omului, fiind menționat că drepturile omului nu sunt creații statale iar garantarea lor nu derivă din reglementările statale. În explicarea drepturilor omului, este preluată formularea utilizată în art. 1 din Declarația Universală a Drepturilor Omului: *toate ființele umane se nasc libere și egale în demnitate și în drepturi*. Ocrotirea drepturilor omului este prezentată ca principala preocupare a guvernelor statelor iar în sarcina acestora sunt stabilite obligații specifice care să asigure împlinirea drepturilor omului precum *obligația de a respecta, proteja și promova*.

Cea de-a doua secțiune a Declarației Revizuite de la Viena stabilește liniile directoare în materia protecției drepturilor femeii. Este recunoscută *in expresis* identitatea complexă a femeilor iar aceasta este identificată precum principala cauză a *discriminării multiple a femeilor*. Protecția drepturilor femeii este prezentată în strânsă conexiune cu protecția drepturilor omului, fiind admis că principiul egalității între sexe și principiul nediscriminării constituie fundamentul realizării efective a drepturilor omului. Primul paragraf din cadrul secțiunii circumscrie promovării drepturilor femeilor identifică principala cauză a fenomenului discriminării femeilor în intersecția dintre structurile capitalismului și a structurilor patriarhale. Principiile egalității și nediscriminării sunt promovate în: (1) domeniul muncii (fiind demonstrat că limitele economico-financiare de la nivel global au determinat creșterea responsabilităților feminine pe piața muncii cât și volumul de muncă aferent muncii plătite și neplătite), (2) domeniul sănătății (aspectele sănătății sexuale și reproductive pot fi îmbunătățite prin educarea și responsabilizarea femeilor), (3) domeniul justiției (este necesară îmbunătățirea accesului la justiție, creșterea reprezentării feminine în forumurile decidente asupra problemelor de justiție și securitate, combaterea, prin mijloace legale a violenței împotriva femeilor, a crimelor de gen). Punctul 12 din Declarația Revizuită de la Viena elimină limitele culturale în garantarea drepturilor femeilor stabilind în sarcina statelor obligația de a veghea asupra respectării drepturilor femeii astfel încât să nu fie acceptate justificări culturale, tradiționale, religioase în încălcarea acestora. Universalitatea drepturilor femeii trebuie să fie afirmată în raport cu standardele culturii patriarhale iar în acest scop, legile, practicile, stereotipurile care sunt contrare drepturilor femeii trebuie să fie eliminate atât prin mijloace legislative cât și prin mijloace educaționale.

○ I.5. Conferința de la Cairo: afirmarea drepturilor sexuale și reproductive

Urmare a Conferinței de la Viena din 1993, comunitatea internațională a recunoscut nevoia de dezvoltare a drepturilor femeilor și, în special, nevoia de dezvoltare a prerogativelor referitoare la capacitățile sexuale și reproductive ale acestora. În acest sens, în 1994 a fost organizată Conferința Internațională de la Cairo cu privire la Populație și Dezvoltare despre care literatura de specialitate¹ afirma că deși conține în titlu denumirea *populație*, problemele abordate în cadrul Conferinței vor fi în legătură cu indivizii și cu drepturile acestora. Suntem de acord cu opinia exprimată în doctrină în legătură cu acest subiect deoarece observăm că între principiile fundamentale declarate în cadrul Conferinței, primul principiu atestă egalitatea între indivizi în exercitarea drepturilor și libertăților stabilite în Declarația Universală a Drepturilor Omului. Protecția drepturilor omului este un principiu dezvoltat inclusiv în paragrafele

And Human Rights, *The Situation Of Women 's Rights 20 Years After The Vienna World Conference On Human Rights*, June 2014, Academy In Brief No. 4, pp. 1-42.

¹ United Nations Organization, *Women 's rights are human rights*, United Nations Publication, 2014, p. 12.

subsecvente ale documentelor Conferinței, iar în materia drepturilor femeii sunt relevante dispozițiile cuprinse în conținutul principiului 4.

În relațiile dintre genuri sunt avansate valorile *egalității și echității*, acestea fiind susținute printr-o serie de propuneri: (1) eliminarea violenței împotriva femeilor; (2) asigurarea controlului femeilor asupra propriei fertilități, recunoașterea caracterului inalienabil, integral și indivizibil ca parte integrantă a drepturilor universale ale omului; (3) promovarea participării egale a femeilor în domeniul politic, social, cultural, economic și la nivel național, regional și internațional; (4) eradicarea tuturor formelor de discriminare pe bază de sex. Apreciem că stabilirea în centrul acțiunilor Conferinței de la Cairo a protecției drepturilor omului și a egalității dintre genuri este un aspect care se înscrie în logica stabilită de conferințele internaționale anterioare organizate sub egida ONU. Promovarea drepturilor omului și a drepturilor femeii este în acord cu tematica majoră a Conferinței – referitoare la dezvoltare și populație – întrucât controlul demografic este în strânsă conexiune cu drepturile reproductive și sexuale ale femeilor și cu educarea acestora în exercitarea drepturilor sexuale și reproductive în spiritul responsabilității. De asemenea, după cum am afirmat în analiza conținutului declarațiilor și programelor de acțiune/strategiilor avansate în cadrul conferințelor anterioare, dezvoltarea socială este un obiectiv dependent de gradul de implementare concretă a drepturilor omului și de atingerea egalității *de facto* între bărbați și femei deoarece numai în această manieră capacitățile feminine pot fi împlinite la cele mai înalte standarde.

Raportul Conferinței de la Cairo¹ cuprinde în Capitolul 4 liniile directoare pentru îmbunătățirea statutului femeilor și pentru sprijinirea emancipării lor. Remarcăm că spre deosebire de inițiativele internaționale anterioare, Raportul Conferinței propune *viziunea partenerială* în promovarea drepturilor femeii, menționând utilitatea parteneriatului între genuri în contextul emancipării populației feminine. Paragraful 4.3 din Raportul Conferinței ilustrează perspectiva partenerială prin obiectivele formulate: (1) *realizarea egalității și echității bazate pe parteneriatul armonios între bărbați și femei și susținerea femeilor în atingerea întregului lor potențial*; (2) *asigurarea consolidării contribuției femeilor la susținerea dezvoltării prin implicarea feminină deplină în procesele decizionale la toate nivelurile și în toate aspectele producției*; (3) *asigurarea educației egale între genuri astfel încât să poată fi realizate nevoile umane și să poată fi exercitate drepturile omului*. Acțiunile necesare a fi întreprinse pentru realizarea obiectivelor menționate anterior (par. 4.4-4.14 din Raportul Final al Conferinței) au o sferă amplă de cuprindere: de la înlăturarea violenței, garantarea dreptului la educație, egalitate pe piața muncii, până la garantarea protecției speciale convenite femeilor aflate în situații de conflict care riscă să fie supuse violurilor sistematice. Acestea din urmă trebuie să fie înțelese ca manifestări a tratamentelor inumane sau degradante sau ca aplicații ale practicilor de epurare etnică.

Dintre acțiunile enumerate, remarcăm în mod deosebit solicitările formulate în par. 4.11-4.13 care susțin implementarea *responsabilității parteneriale* între genuri în domeniul privat, fiind accentuat rolul bărbaților în îndeplinirea sarcinilor familiale în scopul degrevării femeilor. Secțiunea paragrafelor 4.26-4.29 ilustrează responsabilitățile masculine în cadrul familiei și modul de promovare *in concreto* a parteneriatului între genuri. Paragraful 4.4 literele f și g solicită eliminarea discriminării femeilor referitoare la situații particulare precum *graviditate sau maternitate* și asigurarea îmbinării activităților de naștere și creștere a copiilor cu integrarea și menținerea femeilor pe piața muncii. Paragraful 4.16 enumeră obiectivele menite să asigure protecția copiilor de gen feminin, fiind observată preocuparea pentru eliminarea practicilor discriminatorii de sorginte culturală/religioasă precum *preferința pentru copiii de sex masculin – ceea ce conduce la infanticid feminin și la selecția pre-natală a copiilor în funcție de sex*.

¹ Report of the International Conference on Population and Development, Cairo, 5-13 September 1994.

Capitolul VII din Raportul Final al Conferinței abordează și dezvoltă drepturile sexuale și reproductive ale femeilor, dispozițiile sale fiind relevante pentru asigurarea egalității între genuri și pentru echilibrarea rolurilor de gen la nivel familial. Apreciem că ideologia politicilor reproductive promovate în contextul Conferinței Internaționale de la Cairo decurge din definiția *sănătății reproductive* cuprinsă în par. 7.2 din Raportul Conferinței conform căreia *sănătatea reproductivă este o bunăstare completă fizică, mentală și socială și nu doar absența bolii și a infirmității*. Sănătatea sexuală se referă inclusiv la îmbunătățirea relațiilor personale și nu doar la consiliere în privința bolilor cu transmitere sexuală. Luând în considerare dimensiunea psihică aferentă problemelor legate de reproducere, categoria drepturilor sexuale și reproductive va fi extinsă la prerogative precum: *capacitatea de a reproduce în mod liber, în funcție de decizia individuală, dreptul de a fi informat cu privire la metodele sigure, efective, acceptabile de planificare familială, alegerea unei metode de control a fertilității care să nu fie ilegală, accesul la servicii de sănătate în vederea asistării femeilor pe parcursul sarcinii și nașterii*.

Subiectul *avortului* este prezentat în secțiunea 8.25 din Declarația și Planul de Acțiune al Conferinței de la Cairo, menționându-se că *avortul nu trebuie apreciat ca o metodă de planificare familială iar femeile care se confruntă cu sarcini nedorite trebuie să aibă acces la consiliere în vederea exercitării posibilității de a alege*. Posibilitatea femeii de a alege există în situația în care avortul este permis prin lege iar, în această circumstanță, procedura avortului trebuie să fie sigură în sensul în care aceasta trebuie să fie efectuată la standarde procedurale care să nu presupună complicații pentru sănătatea femeii. Menționarea expresă a avortului în Declarația și Planul de Acțiune de la Cairo a atras obiecțiuni din partea statelor islamice și din partea Sfântului Scaun. După cum remarca literatura de specialitate¹ Sfântul Scaun se opunea limbajului utilizat în conținutul documentelor Conferinței de la Cairo, în particular menționării și dezvoltării aspectelor legate de avort și mijloacele de contracepție. Statele islamice nu achiesau la formularea utilizată în cadrul documentelor Conferinței de la Cairo argumentând că acestea permit avortul în alte condiții decât cele impuse de Sharia (dreptul islamic) și încurajează relațiile homosexuale și relațiile heterosexuale desfășurate în afara căsătoriei. Drept urmare, criticile aduse documentelor de la Cairo de Sfântul Scaun și statele islamice au fost încorporate într-un program de acțiune paralel dezvoltat de Universitatea Al Azhar din Egipt.

Am considerat utilă expunerea punctelor de vedere contrare susținute de Sfântul Scaun și statele islamice în privința obiectivelor și acțiunilor enumerate mai sus deoarece, din punctul nostru de vedere, opinia acestora asupra egalității a fost reținută în documentele Conferinței de la Cairo inclusiv în materie principală. *Exempli gratia*, avortul *nu este o metodă deschisă de planificare familială* deoarece acesta nu este permis sau este permis în situații extreme precum salvarea vieții sau a integrității fizice sau psihice a mamei. Diferența majoră între perspectiva Sfântului Scaun și a statelor islamice și perspectiva statelor occidentale asupra raporturilor dintre bărbați și femei rezidă în modul de înțelegere a două principii – *egalitatea și echitatea*. Principiul egalității este evaluabil din punct de vedere juridic presupunând aceleași drepturi, oportunități și responsabilități pentru femei și bărbați cu amendamentul luării în considerare a *diferențelor specifice fiecărui gen*. Egalitatea este integrată în doctrina occidentală. Pe de altă parte, echitatea semnifică ceea ce este just, corect – fiind termenul preferat de Sfântul Scaun și statele islamice înaintea egalității în scopul neregnoașterii depline a egalității între genuri².

¹ M. Zulficar, *From Human Rights To Program Reality: Vienna, Cairo and Beijing in Perspective*, The American University Law Review, volume 44, issue 1017, 1995, p. 1028; C. A. McIntosh, J.L. Finkle, *The Cairo Conference On Population And Development: A New Paradigm?*, Population and Development Review, Volume 21, no. 2, 1995, p. 225.

² C.A. McIntosh, Jason L. Finkle, *op. cit.*

○ I.6. Conferința de la Beijing: diagnoza angajamentelor globale anterioare

Conferința de la Beijing desfășurată în perioada 4-15 septembrie 1995, reafirmă angajamentele conferințelor anterioare și îmbunătățește obiectivele și acțiunile propuse prin planurile și declarațiile aferente conferințelor. Raportul Final a celei de-a patra Conferințe Internaționale de la Beijing¹ are o structură similară rapoartelor prezentate în cadrul conferințelor internaționale desfășurate sub egida ONU în materia drepturilor femeilor, diferența constând în modul de interpretare a misiunii, obiectivelor și a direcțiilor de acțiune stabilite.

Partea introductivă a Declarației de la Beijing reamintește angajamentele comunității internaționale în anumite domenii de acțiune precizate în documentele conferințelor internaționale anterioare: (1) egalitatea în drepturi și demnitate între bărbați și femei; (2) implementarea drepturilor femeii și a copiilor de gen feminin ca parte integrantă a drepturilor și libertăților umane; (3) realizarea implementării efective a strategiilor propuse la conferința internațională de la Nairobi; (4) observarea în sens pozitiv a factorului cultural astfel încât dezvoltarea spirituală, religioasă, morală, etică a femeilor să asigure în mod implicit și emanciparea lor. Există delimitate direcții de acțiune derivate din Declarația de la Beijing însă acestea reformulează inițiativele deja demarate în materie educațională, de sănătate, egalitate pe piața muncii, ș.a. Remarcăm, în mod deosebit, în punctul 28 al Declarației solicitarea de a avansa *acțiuni pozitive* pentru emanciparea femeilor în domenii masculinizate precum securitate (conflicte armate), dezarmare. Punctul 32 admite în mod expres restricțiile impuse asupra drepturilor femeilor prin intermediul culturii sau religiei, și impune intensificarea eforturilor pentru asigurarea beneficiului egal al drepturilor și libertăților omului în favoarea femeilor și copiilor de gen feminin.

Reținem că Declarația și Planul de Acțiune de la Beijing monitorizează gradul de împlinire a obiectivelor stabilite în Declarația și Planul de Acțiune de la Viena (1993) – aspect care conduce la preluarea și reformularea standardelor de la Viena în materia drepturilor femeii. În acest sens, punctul 9 din Platforma de Acțiune de la Beijing recunoaște particularitățile istorice și culturale ale statelor însă subliniază că acestea nu pot împiedica exercitarea drepturilor și libertăților omului. Coroborat cu această idee, este menționat că respectul pentru valorile religioase, etice, pentru convingerile filosofice ale indivizilor și comunităților trebuie să fie interpretate în sensul asigurării depline a drepturilor femeii. Ultima teză din pct. 24 al Platformei de la Beijing prezintă elementele care sunt înscrise în sfera forumului interior al individului precum religie, conștiință, etică, valori spirituale și oferă o interpretare pozitivă acestora stabilind că dezvoltarea lor este necesară dezvoltării armonioase a femeilor în societate. Cu toate acestea, este tranșată situația factorului cultural prin concluzia conform căreia valorile religioase extreme pot determina consecințe negative asupra drepturilor femeii.

În urma studierii gradului de implementare în concret a Strategiilor de la Nairobi, Platforma de Acțiune de la Beijing identifică neîndeplinirea acestora și avansează următoarele arii de interes care necesită, în continuare, soluționarea adecvată: (1) povara persistentă a sărăciei femeilor; (2) inegalitățile și inconsecvențele în privința accesului la educație și formare; (3) inegalități și inconsecvențe în accesul la serviciile de sănătate; (4) violența împotriva femeilor; (5) efectele conflictelor armate și a altor conflicte asupra populației feminine; (6) inegalitățile în structurile economice și politice și în toate formele de activități productive și de acces la resurse; (7) inegalitățile între femei și bărbați în împărțirea puterii decizionale la toate nivelurile; (8) mecanisme insuficiente la toate nivelurile pentru a promova

¹ Report Of The Fourth World Conference on Women, Beijing, 4-15 September 1995, United Nations, New York, 1996.

progresul femeilor; (9) lipsa de respect pentru promovarea femeilor și protecția inadecvată a drepturilor femeilor; (10) stereotipizarea femeilor și a inegalității accesului femeilor în sistemele de participare și comunicare – în special în mass media; (11) inegalitățile de gen în organizarea resurselor naturale și în protejarea mediului înconjurător; (12) persistența discriminării împotriva femeilor și nerespectarea drepturilor copiilor de gen feminin.

Multiplicarea domeniilor de acțiune care pot reprezenta posibile sfere de intervenție ONU¹ conduc la ideea conform căreia Declarația și Planul de Acțiune de la Beijing iau în considerare diferențele dintre femei și exploatează alegerile diferite ale femeilor. În acest mod, este depășit tiparul de gândire – prezent în cadrul celorlalte conferințe – care atestă abordarea universală, globală a problemelor aferente genului feminin.

○ 1.7. Obiectivele Mileniului

Angajamentele statelor exprimate în domeniul egalității dintre genuri au fost reluate în cadrul Summit-ului Mileniului din 2000, fiind afirmate obiectivele mileniului, urmărite a fi îndeplinite în orizontul de timp 2000-2015. Deși din cele 8 obiective declarate doar unul singur (obiectivul numărul 3) au în vedere egalitatea dintre femei și bărbați, ne vom referi, în secțiunea prezentă a lucrării noastre, la toate angajamentele declarate deoarece considerăm că perspectiva de gen este integrată în majoritatea acestora.

Obiectivele mileniului pot fi rezumate astfel: (1) eradicarea sărăciei extreme și a foametei; (2) asigurarea educației primare universale; (3) promovarea egalității între genuri și emanciparea femeilor; (4) reducerea mortalității în rândul copiilor; (5) promovarea sănătății materne; (6) combaterea HIV/SIDA, a malariei și a altor afecțiuni; (7) asigurarea sustenabilității mediului; (8) asigurarea unui parteneriat global pentru dezvoltare².

Obiectivul eradicării sărăciei extreme și a foametei face referire la egalitatea între genuri prin identificarea celui mai ridicat nivel al sărăciei în rândul femeilor și al copiilor de gen feminin. Raportul Final asupra Obiectivelor Mileniului arată că nivelul sărăciei este mai ridicat în rândul femeilor văduve sau divorțate iar gospodăriile în care nu există autoritatea masculină tind să fie mai susceptibile fenomenului sărăciei prin comparație cu gospodăriile în cadrul cărora există bărbați activi în câmpul muncii. Din punctul nostru de vedere, constatările de mai sus determină ideea că inegalitatea între genuri continuă să reprezinte o problemă în toate domeniile relevante ale existenței și în special în privința accesului la resurse. Raportul Final a subliniat că una dintre cauzele care determină un nivel ridicat al sărăciei în rândul segmentului feminin al populației constă în predilecția pentru populația feminină la angajarea în posturi cu jumătate de normă; de asemenea, șomajul este o realitate profund feminizată.

Obiectivul asigurării parcurgerii educației primare este stabilit în relație cu ambele genuri și a înregistrat, conform Raportul Final asupra Obiectivelor Mileniului, un progres remarcabil față de momentul 1990. Inserarea dimensiunii de gen în cadrul obiectivului educației este în strânsă legătură cu scăderea ratei mortalității copiilor (obiectivul 4) fiind demonstrat că fenomenul mortalității infantile tinde să fie mai crescut în rândul femeilor care nu au parcurs ciclul educației primare. Drepturile femeilor sunt abordate inclusiv în contextul promovării sănătății materne, conform datelor furnizate în Raportul Final, fiind observate două orientări:

¹ Pentru mai multe detalii referitoare la acțiunile întreprinse/solicitate în materia drepturilor femeii, a se consulta E.L. Reichert, *Keep on moving forward: NGO Forum on Women, Beijing, China, Social Development Issues Review*, Volume 18, Issue 1, 1998, pp. 89-97; The Woodrow Wilson International Center For Scholars, *Beijing +20 Looking Back and The Road Ahead. Reflections On Milestones in Women's Leadership in the 21st Century*, 2014, pp. 1-46.

² *The Millennium Development Goals Report*, United Nations, New York, 2015, pp. 4-7.

(1) îmbunătățirea accesului la servicii de îngrijire pre-natală și (2) îmbunătățirea gradului de educație și de utilizare a mijloacelor contraceptive – ambele orientări reclamând în continuare eforturi suplimentare din partea statelor membre ONU. Nevoia de perfecționare a acțiunilor ONU în domeniul utilizării mijloacelor contraceptive de către femeile de vârstă fertilă este ilustrată în frecvența ridicată a HIV/SIDA în rândul femeilor.

În privința obiectivului 3 – promovarea egalității între genuri și emanciparea femeilor – concluzia Raportului Final asupra Obiectivelor Mileniului arată că deși au fost realizate progrese semnificative pe piața muncii, drepturile femeilor continuă să fie limitate printr-o serie de cauze: menținerea violenței față de femei, responsabilități inegale ale femeilor și bărbaților în domeniul privat, controlul limitat deținut de femei în materie de moștenire și proprietate, participarea inegală a femeilor în structurile decizionale privitoare la problemele care afectează sfera publică și sfera privată. Literatura de specialitate¹ identifică precum obiectiv major derivat din egalitatea între genuri și emanciparea feminină, *asigurarea controlului deplin al femeilor asupra propriului destin*. Pentru atingerea celui din urmă obiectiv, este necesar un cadru de acțiune orientat pe 3 dimensiuni: (1) dezvoltarea domeniului capacităților – respectiv al abilităților umane în contextul dezvoltării domeniilor educației, sănătății și nutriției; (2) domeniul accesului la resurse și la oportunități – care implică oportunități egale cu privire la accesul la bunuri economice, la resurse, la oportunități politice; (3) domeniul securității – definit prin îmbunătățirea protecției femeilor și a copiilor de gen feminin în situații de conflict.

Prin Rezoluția Adunării Generale a ONU A/RES/70/1, în cadrul Summit-ului ONU pentru Dezvoltare Durabilă din septembrie 2015, a fost adoptată *Agenda 2030 pentru dezvoltare durabilă* ce conține 17 Obiective de Dezvoltare Durabilă (ODD)². Obiectivul 5 vizează realizarea egalității de gen și întărirea rolului femeilor și al fetelor în societate. Direcțiile de acțiune reținute implică eliminarea unor stereotipuri culturale și acțiuni asociate acestora cum sunt orice forme de discriminare, violența împotriva femeilor și fetelor în sferile private și publice, orice forme de practici dăunătoare cum ar fi căsătoriile copiilor sau cele forțate ori mutilarea feminină genitală, recunoașterea muncii în gospodărie și promovarea împărțirii responsabilităților în gospodărie³.

○ I.8. Declarația Universală a Drepturilor Omului – un angajament global *suis generis*⁴

Reprezentând primul angajament al comunității internaționale în materia drepturilor omului adoptat sub forma unui veritabil instrument internațional cu valoare morală⁵,

¹ C. Grown, G.R. Gupta, A. Kes, *Taking Action: achieving gender equality and empowering women*, UN Millennium Project, Task Force on Education and Gender Equality, 2005, London, pp. 3-4.

² Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development. Resolution 70/1 adopted by the General Assembly on 25 September 2015, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/291/89/PDF/N1529189.pdf?OpenElement>. Statele membre ale UE și-au asumat documentul prin Concluziile Consiliului UE, adoptate în data de 20 iunie 2017, „Un viitor durabil al Europei: răspunsul UE la Agenda 2030 pentru Dezvoltare Durabilă”.

³ Vezi și *Strategia Națională pentru dezvoltarea durabilă a României 2030*, București, Paideia, 2018, ISBN 978-606-748-261-4, <https://www.edu.ro/sites/default/files/Strategia-nationala-pentru-dezvoltarea-durabila-a-Rom%C3%A2niei-2030.pdf>

⁴ Sub-secțiune conform lucrării N. Voiculescu, M.B. Berna, *Tratat de drept social internațional și european*, Ed. Universul Juridic, București, 2019, pp. 44-47.

⁵ Valoarea morală a Declarației Universale a fost supusă unei minuțioase analize în literatura de specialitate – J. von Bernstorff, *The Changing Fortunes of the Universal Declaration of Human Rights: Genesis and Symbolic Dimensions of the Turn to Rights in International Law*, *The European Journal of International*

Declarația Universală a Drepturilor Omului¹ exprimă, în conținutul său, prerogative umane derivate din *ideologia dreptului natural*². Deși nu are o forță juridică obligatorie, Declarația Universală stabilește un standard comun în privința protecției individului, precum și exigențe etice asupra conduitei umane³. Complexitatea Declarației Universale rezidă, din punctul nostru de vedere, în oferirea unui catalog de drepturi pe fondul unor negocieri între state ale căror culturi și filosofii în înțelegerea drepturilor omului sunt în relații de divergență. După cum sublinia literatura de specialitate, din caracterul complex al Declarației rezultă *problematici referitoare la reala universalitate a drepturilor omului consacrate în Declarație și principiul relativismului cultural*⁴. Nu intenționăm să aprofundăm, în această secțiune a lucrării, problema universalității drepturilor omului în contextul respectului pentru diversitatea culturală și a garantării libertății culturale. În mod concret, ne propunem ca în prezenta secțiune să studiem modul în care sunt garantate, în cuprinsul Declarației, egalitatea și nediscriminarea.

Declarația Universală a Drepturilor Omului acordă relevanță *egalității* – aceasta din urmă fiind menționată atât în partea preambulară cât și în conținutul propriu-zis al documentului. În partea preambulară, egalitatea este utilizată în două sensuri: (1) egalitatea în drepturi a tuturor persoanelor, reprezentând fundamentul păcii și justiției și (2) egalitatea în drepturi între bărbați și femei – ca principiu înscris în Carta Organizației Națiunilor Unite.

În conținutul propriu-zis al Declarației – alcătuit din catalogul de drepturi – egalitatea este menționată în diverse forme: (1) *egalitate în demnitate și în drepturi* – art. 1; (2) *egalitate în exercitarea drepturilor și libertăților consacrate în conținutul Declarației* – art. 2; (3) *egalitate în fața legii și dreptul la o protecție egală în fața legii* – art. 7; (4) *egalitate în fața instanțelor de judecată și în cadrul procedurilor judiciare* – art. 10; (5) *egalitatea între soți la contractarea căsătoriei, pe parcursul căsătoriei și la desfacerea căsătoriei* – art. 16; (6) *egalitate în remunerație pentru muncă egală* – art. 23 alin. (2)⁵; (7) *egalitatea copiilor din căsătorie și din afara căsătoriei în materie de protecție socială* – art. 25 alin. (2) teza a II-a.

Observăm, în urma enumerării realizate că egalitatea între genuri (bărbați și femei) nu este menționată *in expresis* în conținutul Declarației. Primele două alineate ale art. 16 menționează egalitatea între bărbați și femei prin raportare la instituția căsătoriei, fără a fi realizate mențiuni exprese cu privire la raportul dintre genuri în afara instituției căsătoriei. Cu

Law, volume 19, no. 5, 2008, pp. 903-924. Finalmente, concluzia promovată de opinia citată anterior – concluzie care de altfel, a fost acceptată de comunitatea internațională, subliniază necesitatea menținerii Declarației Universale a Drepturilor Omului în sfera reglementărilor ne-constrângătoare ca document programatic în materia drepturilor omului. Spre deosebire de documentele adoptate în cadrul angajamentelor globale (Declarații și Planuri/Platforme de Acțiune), Declarația Universală are finalitatea de a concilia perspectivele diferitelor state/culturi asupra drepturilor omului printr-un catalog coerent de drepturi.

¹ Documentul a fost adoptat de Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite, pe data de 10 decembrie 1948, prin Rezoluția 217A; *Brevitatis causa*, vom utiliza, expresia *Declarația Universală* sau *Declarația* pentru a desemna *Declarația Universală a Drepturilor Omului*.

² Literatura de specialitate a susținut ideea conform căreia drepturile omului enumerate în Declarația Universală au o *natură esențială* deoarece ele reprezintă standarde morale comune apte să guverneze ansamblul relațiilor umane independent de contextul social, cultural, politic la care se referă. Pentru mai multe detalii asupra acestei teme, a se consulta S.M. Darraj, *Milestones in modern world history, The Universal Declaration Of Human Rights*, Chelsea House Publishers, New York, 2010, p. 24; A. Woodcock, *Jaques Martin, Natural Law And The Universal Declaration Of Human Rights*, Journal of the History of International Law, volume 8, Netherlands, 2006, pp. 245-266.

³ Pentru o analiză detaliată a naturii și caracterului Declarației Universale, a se consulta A. De Baets, *The impact of the Universal Declaration Of Human Rights On The Study Of History*, the review History and Theory, Volume 48, Wesleyan University, 2009, pp. 20-43.

⁴ Pentru detalii suplimentare, a se consulta A. Constantinides, *Questioning the Universal Relevance Of The Universal Declaration Of Human Rights*, Cuadernos Constitucionales de la Catedra Fadrique Furio Ceriol, no. 62/63, pp. 49-63.

privire la acest aspect, doctrina¹ adeptă a perspectivei religioase a observat că menționarea egalității dintre bărbați și femei în contextul instituției căsătoriei este fundamentată pe ideea conform căreia cea mai înaltă formă de împlinire a atribuțiilor umane se poate realiza în relaționarea dintre bărbați și femei sub forma căsătoriei.

Formularea generală utilizată de redactorii Declarației poate conduce la concluzia potrivit căreia mențiunea cuprinsă în art. 2 al Declarației care permite *fiecărui individ posibilitatea de a se prevala de drepturile și libertățile conținute în Declarație fără nici o distincție bazată pe criterii discriminatorii* (printre care este menționat și criteriul *sex*), constituie o garanție implicită în favoarea egalității dintre bărbați și femei. În mod similar putem interpreta și art. 1 din Declarație care, spre deosebire de art. 2, stabilește egalitatea în demnitate și în drepturi între toate ființele umane, în mod universal, fără a limita conținutul egalității la *prerogativa individului de a se raporta la drepturile și libertățile conținute în Declarație*. O altă diferență între valoarea egalității garantată în art. 1 din Declarație și nediscriminarea în invocarea drepturilor și libertăților din Declarație – garantată în art. 2 constă în aceea că în primul caz, egalitatea este conexă valorii solidarității umane. În art. 1 teza a II-a din Declarația Universală este menționat: *toate ființele umane (...) sunt înzestrate cu rațiune și conștiință și trebuie să se comporte unele față de altele în spiritul fraternității*. Prevederea cuprinsă în art. 1 din Declarație impune o garanție autonomă a egalității spre deosebire de art. 2 din Declarație care stabilește o *garanție a egalității non-autonomă, egalitatea fiind dependentă de drepturile și libertățile enunțate în cuprinsul Declarației*.

Articolul 25 alin. (2), prima teză menționează femeile în postura maternă, subliniind nevoia de *ajutor și ocrotire deosebite* în favoarea femeilor care sunt mame și a copiilor. Din punctul nostru de vedere, importanța acestei prevederi rezidă în două aspecte: (1) prevederea citată este singura care menționează în mod expres ocrotirea specială necesară femeilor; (2) prevederea citată asociază femeile cu postura maternă, accentuând segregarea public/privat și stereotipul conform căruia femeile trebuie să își asume rolul de mamă. Cu toate că nu poate fi negată nevoia de acordare a unei protecții speciale femeilor care și-au asumat funcția socială a maternității, considerăm că prevederea conținută în art. 25, prima teză, contribuie la menținerea stereotipurilor de gen în temeiul factorului cultural. În consecință, suntem de părere că Declarația prezintă o deficiență juridică în materia garantării egalității între genuri prin aceea că nu conține o prevedere expresă referitoare la protecția specială necesară femeilor și la considerarea problemelor specifice femeilor, altele decât experiența maternității (art. 25) sau a căsătoriei (art. 16).

II. Dreptul constrângător al ONU în domeniul egalității

În secțiunea anterioară a lucrării noastre am evidențiat inițiativele globale adoptate sub egida ONU în materia drepturilor femeilor care pot fi încadrate în categoria *soft law*². Rațiunea continuării discursului nostru prin expunerea principalelor instrumente internaționale înscrise în sfera de cuprindere a dreptului constrângător (*hard law*) rezidă în faptul că normele constrângătoare în materia egalității au fost adoptate în considerarea liniilor directoare trasate prin intermediul inițiativelor *soft law*. Suntem de părere că relaționarea *hard law-soft law* în materia normelor care garantează protecția juridică a drepturilor femeii este intrinsecă:

¹ J. Adolphe, *The Holy See And The Universal Declaration Of Human Rights: Working Toward A Legal Anthropology Of Human Rights and The Family*, Ave Maria Law Review, volume 4, issue 2, 2006, p. 346.

² Așa cum am precizat anterior, desemnăm prin expresia *soft law* ansamblul Conferințelor Internaționale, a Declarațiilor, a Planurilor și Platformelor de Acțiune precum și orice altă inițiativă care nu are putere legală constrângătoare.

inițiativele non-constrângătoare au vocație programatică, stabilind cu titlu de principiu orientările viitoare ale normelor constrângătoare ale ONU. În prezenta secțiune a lucrării noastre, vom proceda la analiza dreptului constrângător adoptat de ONU în materia egalității – în general și în materia protecției drepturilor femeii – în particular. Principala observație asupra normelor constrângătoare adoptate de ONU în materia egalității constă în caracterul lor *sintetic*¹ – în temeiul căruia valorile *egalității*, *echității* și *nediscriminării* sunt evocate, explicate și utilizate în mod complex (fie ca principii juridice, fie ca garanții non-autonome, fie ca drepturi de sine stătătoare).

○ II.1. Egalitatea și drepturile omului în Carta ONU

Carta Organizației Națiunilor Unite² cuprinde, în materia drepturilor omului, prevederi al căror caracter programatic a determinat reiterarea lor în preambulul principalelor documente adoptate la nivel internațional în scopul consolidării protecției drepturilor omului³. De asemenea, în preambulul Cartei ONU⁴ este afirmat respectul pentru valori umane precum *drepturile fundamentale ale omului*, *demnitatea umană*, *valoarea persoanei*, *egalitatea în drepturi a bărbaților și a femeilor*.

Deși stabilește principii și direcții fundamentale de acțiune în materia drepturilor omului, Carta ONU nu este un document specializat în protecția universală a drepturilor omului și nici nu reprezintă un document orientat esențialmente către protecția specială a unui anumit segment social – cum este cazul Convenției pentru Eliminarea Tuturor Formelor de Discriminare față de Femei. Literatura de specialitate⁵ califică *natura legală a Cartei Națiunilor Unite* ca fiind hibridă, remarcându-se pe 3 direcții diferite: (1) Carta ONU are caracter

¹ Am utilizat expresia *caracter sintetic* în relație cu normele constrângătoare ale ONU în materia egalității pentru a sublinia funcționalitatea multiplă îndeplinită, la nivel teoretic, prin conținutul normelor respective: pe de o parte, în conținutul lor, normele în materia egalității *explică și descriu* sensul unor termeni centrali ai analizei noastre (egalitate, echitate, nediscriminare), pe de altă parte, normele respective *califică egalitatea sau nediscriminarea* precum *principii*, *valori*, *garanții subsidiare sau drepturi autonome*. În acest context, caracterul sintetic permite trecerea de la simplu la complex în analiza teoretică întreprinsă.

² Carta Națiunilor Unite a fost semnată la San Francisco la 26 iunie 1945, la încheierea Conferinței Națiunilor Unite pentru Organizația Internațională și a intrat în vigoare la 24 octombrie 1945. *Brevitatis causa*, ne vom referi la *Carta Organizației Națiunilor Unite* prin expresia *Carta ONU*.

³ *Exempli gratia*, în preambulul Declarației Universale a Drepturilor Omului există următoarea referință la Carta ONU: *Considerând că, în Cartă popoarele Organizației Națiunilor Unite au proclamat din nou credința lor în drepturile fundamentale ale omului, în demnitatea și în valoarea persoanei umane, drepturi egale pentru bărbați și femei și că au hotărât să favorizeze progresul social și îmbunătățirea condițiilor de viață în cadrul unei libertăți mai mari*; primul paragraf al preambulului Pactului cu privire la Drepturile Civile și Politice – al cărui conținut este identic cu primul paragraf din Preambulul Pactului cu privire la Drepturile Economice, Sociale și Culturale, stabilește: *Considerând că, în conformitate cu principiile enunțate în Carta Națiunilor Unite, recunoașterea demnității inerente tuturor membrilor familiei umane și a drepturilor lor egale și inalienabile, constituie fundamentul libertății, dreptății și păcii în lume*; în debutul preambulului Convenției pentru Eliminarea Tuturor Formelor de Discriminare față de Femei este menționat: *Luând notă că în Carta Națiunilor Unite se reafirmă încrederea în drepturile fundamentale ale omului, în demnitatea și valoarea persoanei umane, în egalitatea drepturilor bărbatului și femeii*.

⁴ În primul paragraf din Preambulul Cartei ONU sunt afirmate următoarele: *Hotărâte să izbăvim generațiile viitoare de flagelul războiului care, de două ori în cursul unei vieți de om, a provocat omenirii suferințe de nespus, să ne reafirmăm credința în drepturile fundamentale ale omului, în demnitatea și valoarea persoanei umane, în egalitatea în drepturi a bărbaților și a femeilor, precum și a națiunilor mari și mici, să creăm condițiile necesare menținerii justiției și respectării obligațiilor decurgând din tratate și alte izvoare ale dreptului internațional, să promovăm progresul social și condiții mai bune de trai într-o mai mare libertate*.

⁵ N.J. Schrijver, *The Future of the Charter of the United Nations*, Max Planck Yearbook Of United Nations Law, volume 10, 2006, Koninklijke Brill N.V., printed in Netherlands, p. 5.

contractual – fiind relevante dispozițiile referitoare la semnare, ratificare, intrare în vigoare – art. 108-110; (2) *caracterul normativ* al Cartei se distinge prin scopurile și principiile pe care le declară – art. 1-2, 55-56, 73-74, 76; (3) Carta are o *natură constitutivă* – având în vedere normele care reglementează aderarea la Organizație, principalele organe, procedurile – art. 3-32. Preocuparea Națiunilor Unite în domeniul umanitar reiese din studierea articolelor prin care se evidențiază *caracterul normativ* al Cartei ONU.

Secțiunea articolelor care determină *caracterul normativ* al Cartei ONU se remarcă prin stabilirea principalelor direcții de acțiune ale Organizației, fiind accentuată dimensiunea securității și a menținerii păcii în cadrul comunității internaționale. Din punctul nostru de vedere, obiectivul menținerii păcii și securității internaționale – primul dintre scopurile enunțate în art. 1 al Cartei ONU – este compatibil cu protecția drepturilor omului și cu promovarea principiului egalității între bărbați și femei. Conexiunea dintre *pace, egalitate și dezvoltare* a fost susținută în cuprinsul declarațiilor și platformelor de acțiune adoptate în cadrul conferințelor internaționale în materia drepturilor femeii la care ne-am referit într-o secțiune anterioară a lucrării noastre¹. Conexiunea între *menținerea unui climat de pace la nivel internațional și promovarea nediscriminării* rezultă din modul de structurare a prevederilor art. 1 care reglementează *scopurile ONU*. Astfel, după cum deja am precizat, în art. 1 alin. (1) este statuat scopul menținerii păcii și securității internaționale iar în alin. (3) al art. 1 este stipulată *cooperarea între state în vederea încurajării și promovării drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, fără deosebire în funcție de criterii specifice precum rasa, sexul, limba, religia*.

Comentând asupra subiectului *protecției drepturilor omului prin prevederile Cartei ONU*, doctrina² a subliniat rolul intervențiilor ONU în zonele de conflict în scopul menținerii păcii și asigurării respectării drepturilor omului. Nu ne propunem în prezenta secțiune a lucrării noastre să abordăm subiectul *intervențiilor umanitare* întreprinse sub egida ONU deoarece aceasta nu constituie obiectul studiului nostru. Cu toate acestea, considerăm demn de menționat *caracterul controversat al intervențiilor umanitare* care rezidă în conflictul dintre *suveranitatea națională și acțiunea comunității internaționale în protecția drepturilor cetățenilor statelor aflate în conflict*. Opiniile doctrinare citate anterior nu sunt convergente asupra posibilității de a proceda la întreprinderea acțiunilor umanitare în absența autorizației oferite de Consiliul de Securitate al ONU. De asemenea, clivajul dintre protecția drepturilor omului și menținerea păcii este demn de luat în considerare în desfășurarea acțiunilor umanitare. Una dintre opiniile menționate în literatura de specialitate³ soluționează dilema de a decide între respectul pentru drepturile omului și menținerea climatului de pace în favoarea celui din urmă obiectiv.

Angajamentul Organizației Națiunilor Unite în domeniul protecției drepturilor omului este prezentat în art. 55, 56, 76 din Carta ONU. Atât art. 55 lit. c) cât și art. 76 lit. c) expun obiectivul protecției drepturilor și libertăților fundamentale ale omului în relație cu principiul

¹ Reiterăm faptul că toate conferințele internaționale în materia drepturilor femeii: Conferința din Mexic (1975), Conferința din Copenhaga (1980), Conferința din Nairobi (1985), Conferința din Viena (1993), Conferința din Beijing (1995) au promovat triada *egalitate, dezvoltare și pace*. Printre obiectivele conferințelor era enunțată și promovarea participării femeilor în cadrul structurilor decidente în situații de conflict armat.

² M.C. Waxman, *Regulating Resort to Force: Form and Substance of the UN Charter Regime*, The European Journal Of International Law, Volume 24, no. 1, published by Oxford University Press, 2013, pp. 162-163; Y. Lupu, *Rules, Gaps and Power: Assessing Reform of the U.N. Charter*, Berkeley Journal of International Law, Volume 24, Issue 3, 2006, pp. 887-890.

³ M.C. Waxman, *op. cit.*

nediscriminării în funcție de criterii specifice precum *rasă, sex, limbă sau religie*. Din rațiuni de claritate, vom reproduce conținutul ambelor texte ale Cartei: (1) art. 55 lit. c): *În scopul de a crea condițiile de stabilitate și bunăstare necesare unor relații pașnice și prietenești între națiuni, întemeiate pe respectarea principiului egalității în drepturi a popoarelor și a dreptului lor de a dispune de ele însele, Națiunile Unite vor promova: (...) respectarea universală și efectivă a drepturilor omului și a libertăților fundamentale pentru toți, fără deosebire de rasă, sex, limbă sau religie*; (2) art. 76 lit. c): *Obiectivele fundamentale ale sistemului de tutelă, în conformitate cu scopurile Națiunilor Unite enunțate în art. 1 din prezenta Cartă vor fi următoarele: de a încuraja respectarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale pentru toți, fără deosebire de rasă, sex, limbă sau religie, și de a dezvolta sentimentul de interdependență a popoarelor lumii*.

De asemenea, observăm că în ambele situații, principiul nediscriminării în asigurarea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului este prezentat cu titlul de *obiectiv fundamental* care fie coordonează activitatea sistemului de tutelă și asigură concordanța cu scopurile Națiunilor Unite precizate în art. 1 (după cum menționează art. 76 din Carta ONU), fie susține scopul creării condițiilor de stabilitate și bunăstare necesare unor relații pașnice și prietenești între națiuni (conform art. 55 din Carta ONU). Articolul 56 nu menționează în mod expres principiul nediscriminării sau protecția drepturilor omului ci transformă obiectivul enunțat de art. 55 lit. c) (*respectarea universală și efectivă a drepturilor omului și libertăților fundamentale pentru toți, fără deosebire de rasă, sex, limbă sau religie*) în *obligația impusă în sarcina membrilor ONU*. Din rațiuni de claritate, redăm textul art. 56: *toți membrii se obligă să întreprindă acțiuni în comun și separat, în cooperare cu Organizația, pentru realizarea scopurilor enunțate în art. 55*.

Am reprodus în rândurile de mai sus conținutul articolelor din Carta ONU referitoare la protecția drepturilor omului și promovarea nediscriminării în garantarea drepturilor și libertăților fundamentale întrucât analiza doctrinară¹ a articolelor în cauză susține ideea conform căreia art. 55, 56 din Carta ONU nu au caracterul aplicabilității imediate. În sprijinul acestei idei doctrina aplică *testul limbajului* în virtutea căruia, analiza cuvintelor folosite în conținutul articolelor citate prezintă acțiuni viitoare la care se angajează statele membre ale Organizației Națiunilor Unite, fără ca acestea să aibă caracter executoriu *hic et nunc*. *Testul limbajului* este corelat cu *testul conținutului* întrucât art. 55 este circumscris atingerii unui scop viitor – de a crea condițiile de stabilitate și bunăstare necesare relațiilor pașnice și prietenești între națiuni. Suntem de părere că același raționament poate fi aplicat și art. 76 care enunță, în conținutul său, obiectivele fundamentale ale sistemului de tutelă.

Finalmente, din punctul nostru de vedere, prin coroborarea art. 56 și 103 din Carta ONU, rezultă preeminența protecției drepturilor omului și a libertăților fundamentale și al principiului nediscriminării în funcție de sex, rasă, limbă, religie. După cum am menționat anterior, art. 56 asigură caracterul obligatoriu și executoriu a prevederilor art. 55 lit. c), iar art. 103² reglementează clauza de supremație³ în privința obligațiilor impuse prin Carta ONU.

¹ Comments, *The Application of the United Nations Charter to Domestic Law*, Fordham Law Review, Volume 20, Issue 1, 1951, pp. 94-95.

² Conform art. 103 din Carta ONU, *În caz de conflict între obligațiile Membrilor Națiunilor Unite decurgând din prezenta Cartă și obligațiile lor decurgând din orice alt acord internațional vor prevala obligațiile decurgând din prezenta Cartă*.

³ Pentru detalii suplimentare asupra clauzei supremației enunțată în art. 103 Carta ONU, a se consulta R. Liijova, *The Scope Of the Supremacy Clause Of The United Nations Charter*, International and Comparative Law Quarterly, volume 57, 2008, pp. 583-612.

○ II.2. Egalitatea, nediscriminarea și drepturile femeii în Pactul Internațional cu privire la Drepturile Civile și Politice

II.2.1. Evaluarea teoretică a standardelor egalității

Pactul Internațional cu privire la Drepturile Civile și Politice¹ conține prevederi referitoare la egalitate și nediscriminare care surprind diferite dimensiuni ale celor două principii: (1) în art. 2 alin. (1) și 2 este garantată nediscriminarea în exercitarea drepturilor enunțate în cuprinsul Pactului; (2) art. 3 enunță egalitatea între femei și bărbați în privința dreptului legal de a se bucura de toate drepturile civile și politice enunțate în Pact; (3) art. 4 stabilește posibilitatea de derogare de la prevederile Pactului *fără ca prin aceasta să se aducă atingere principiului nediscriminării*; (4) art. 14 enunță egalitatea tuturor oamenilor în fața tribunalelor și a curților de justiție; (5) art. 23 alin. (2) și (3) reglementează egalitatea între bărbați și femei la încheierea căsătoriei; (6) art. 26 menționează egalitatea tuturor persoanelor în fața legii și dreptul la o ocrotire egală din partea legii. Menționăm că cele două Protocoale Facultative ale Pactului² nu conțin reglementări în domeniul egalității.

În privința art. 2, literatura de specialitate³ apreciază că prin conținutul său este asigurată protecția efectivă a drepturilor incluse în Pact. Primele două paragrafe ale art. 2 din Pact exprimă *principiul nediscriminării în exercitarea drepturilor recunoscute de prezentul Pact* cu diferența conform căreia primul paragraf asigură garanția nediscriminării *tuturor indivizilor care se găsesc pe teritoriul lor și țin de competența lor*, în timp ce al doilea paragraf asigură nediscriminarea în termeni generali, fără mențiuni speciale în privința titularilor garanției nediscriminării. În ambele cazuri, Comitetul Drepturilor Omului⁴ a interpretat⁵ garanția nediscriminării în exercitarea drepturilor Pactului ca având *caracter general și dependent de celelalte norme ale Pactului*. Nediscriminarea trebuie să fie privită în raport cu fiecare drept din cuprinsul Pactului, fără a avea o existență autonomă, în mod similar cu art. 14 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale. Expresiile utilizate în art. 2

¹ Adoptat și deschis spre semnare de Adunarea Generală a ONU, la 16 decembrie 1966. Intrat în vigoare la 23 martie 1976, conform art. 49, pentru toate dispozițiile cu excepția celor de la art. 41; la 28 martie pentru dispozițiile de la art. 41. România a ratificat Pactul la 31 octombrie 1974 prin Decretul nr. 212, publicat în Buletinul Oficial al României, partea I, nr. 146 din 20 noiembrie 1974. *Brevitatis causa*, vom desemna pe parcursul prezentei secțiuni *Pactul Internațional cu privire la Drepturile Civile și Politice* prin termenul *Pactul*.

² Primul Protocol Facultativ la Pactul Internațional a fost adoptat și deschis spre semnare de Adunarea Generală a ONU prin Rezoluția 2200A (XXI) din 16 decembrie 1966. Intrat în vigoare la 23 martie 1976, conform dispozițiilor art. 9. România a ratificat Protocolul la 28 iunie 1993 prin Legea nr. 39, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I nr. 193 din 30 iunie 1993. Protocolul se referă la aspecte procedurale precum procedura comunicărilor asupra cărora este competent Comitetul Drepturilor Omului, procedura de ratificare, de intrare în vigoare, de amendare sau denunțare a Protocolului, ș.a.

Cel de-al doilea Protocol Facultativ la Pactul Internațional vizează abolirea pedepsei cu moartea. Protocolul a fost adoptat prin rezoluția Adunării Generale a ONU în cea de a 44-a sesiune a acesteia, la 15 decembrie 1989. România a ratificat Protocolul la 25 ianuarie 1991 prin Legea nr. 7, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 18 din 26 ianuarie 1991.

³ A. Seibert-Fohr, *Domestic implementation of the International Covenant on civil and political rights pursuant to its article 2 paragraph 2*, Max Planck Yearbook Of United Nations Law, Kluwer Law International, volume 5, 2001, p. 425.

⁴ Comitetul Drepturilor Omului reprezintă organismul care supraveghează aplicarea prevederilor Pactului Internațional, pronunțându-se asupra modului de interpretare și aplicare a dispozițiilor Pactului prin instrumente specifice, fără forță juridică obligatorie numite *comentarii generale*. Comitetul a fost instituit în temeiul art. 28 din Pact. *Brevitatis causa*, vom folosi termenul *Comitetul* pentru a desemna *Comitetul Drepturilor Omului*.

⁵ Human Rights Committee, *General Comment no. 18*, Thirty-seven session, adopted 10 November 1989, HRI/GEN Review 9, volume 1, paragraph 12.

alin. (1) din Pact *indivizi care se găsesc pe teritoriul statelor părți la Pact sau indivizi care țin de competența lor* sunt considerate că se referă la *indivizi aflați sub jurisdicția statelor părți la Pact*¹. Criteriile discriminatorii prezentate în primele două alineate ale art. 2 sunt identice iar enumerarea lor este non-exhaustivă: *rasă, culoare, sex, limbă, religie, opinie politică sau orice altă opinie, origine națională sau socială, avere, naștere sau orice altă împrejurare*. Reținem că art. 26 avansează o listă identică a criteriilor discriminatorii cu cea cuprinsă în art. 2 alin. (1) și 2, diferența dintre *garanția nediscriminării* stipulată în art. 2 și cea precizată în art. 26 constă în aceea că în primul caz nediscriminarea este impusă cu titlu de normă dependentă de celelalte drepturi din Pact, în timp ce art. 26 stabilește nediscriminarea prin raportare la un drept determinat – *egalitatea în fața legii*.

Articolul 3 prezintă *dreptul egal legal al bărbaților și al femeilor de a se bucura de toate drepturile civile și politice enunțate în Pact*. Articolul 3 stabilește garanția egalității de gen în beneficierea de drepturile civile și politice. Conținutul art. 3 reia, din punct de vedere juridic, garanția nediscriminării conținută în art. 2 și o particularizează în funcție de criteriul *gen*. Literatura de specialitate² a manifestat interes pentru aplicațiile concrete ale drepturilor garantate de Pact în detrimentul scrutării conținutului articolelor.

Semnificația art. 3 este interpretată de Comitetul Drepturilor Omului în *Comentariul General numărul 28*³. În par. 3, Comitetul arată că pentru îndeplinirea prevederilor menționate în art. 3 din Pact, este necesar ca statele părți să adopte măsuri pentru a asigura beneficiul drepturilor cuprinse în Pact în favoarea tuturor persoanelor. În categoria măsurilor necesar a fi adoptate, Comitetul încadrează *acțiuni de educare a populației și a oficialilor statelor în spiritul respectării drepturilor omului, adaptarea legislațiilor naționale în vederea integrării prevederilor Pactului, promovarea de măsuri pozitive pentru asigurarea emancipării femeilor (în acest sens, statele trebuie să furnizeze informații asupra rolului femeilor în societate astfel încât Comitetul să poată evalua care sunt măsurile care trebuie să fie adoptate pentru a oferi efect legal obligațiilor înscrise în Pact)*.

O relevanță aparte pentru studierea relaționării dintre factorul cultural și protecția juridică a drepturilor femeii o are par. 5 care analizează *cauzele discriminării femeilor*, identificând, în această categorie *tradiția, istoria, cultura și atitudinile religioase*. Caracterul universal al drepturilor femeii ca drepturi ale omului este subliniat prin solicitarea formulată de Comitet către statele părți de a asigura că atitudinile tradiționale, istorice, religioase, culturale nu sunt utilizate pentru a justifica încălcările drepturilor femeii la egalitate în fața legii și la beneficiul egal asupra drepturilor conținute în Pact. Statele părți sunt încurajate să adopte măsuri specifice pentru evidențierea factorilor de natură culturală care pot afecta drepturile femeilor în vederea monitorizării și eliminării lor. Din punctul nostru de vedere, mențiunile Comitetului asupra factorilor culturali care pot afecta drepturile femeilor nu sunt contrare *drepturilor persoanelor care aparțin minorităților etnice, religioase sau lingvistice de a avea propria viață culturală, de a practica/profesa propria religie sau de a folosi propria limbă*. Interpretarea sistematică a indicațiilor Comitetului permite manifestările culturale în măsura în care acestea nu sunt contrare drepturilor femeilor; perspectiva Comitetului asupra relației dintre dreptul la cultură și drepturile femeilor este subliniată în par. 32.

¹ Human Rights Committee, *General Comment no. 18*, Thirty-seven session, adopted 10 November 1989, HRI/GEN Review 9, volume 1, paragraph 1.

² L.C. Keith, *The United Nations International Covenant on Civil and Political Rights: Does It Make a Difference in Human Rights Behavior?*, Journal Of Peace Research, Sage Publications, volume 36, no. 1, 1999, pp. 95-118.

³ Human Rights Committee, Sixty-eighth session adopted: 29 March 2000, 1834th meeting, *General Comment No. 28, article 3, The equality of rights between men and women*, replaces general comment no. 4.

Având prezent scopul art. 3 – de a garanta egalitatea între bărbați și femei în exercițiul tuturor drepturilor civile și politice cuprinse în Pact – Comentariul General nr. 28 al Comitetului Drepturilor Omului prezintă modul de inserare al egalității între femei și bărbați în conținutul tuturor drepturilor avansate de Pact. În acest sens, se impun unele măsuri.

În primul rând, în conformitate cu art. 4 din Pact, se impune ca beneficiul egal între bărbați și femei cu privire la drepturile stabilite în Pact să fie protejat inclusiv în caz de urgență¹. În al doilea rând, dreptul la viață, cuprins în art. 6, este garantat în mod egal, indiferent de gen, prin solicitarea adresată statelor părți de a furniza date referitoare la rata mortalității feminine determinată de starea de graviditate sau de naștere sau referitoare la mortalitatea feminină rezultată în urma aplicării unor practici culturale precum arderea văduvelor, infanticidul feminin, crimele legate de zestrea miresei. Implementarea egalității dintre bărbați și femei în asigurarea dreptului menționat în art. 7 din Pact (dreptul de a nu fi supus torturii, tratamentelor sau pedepselor crude, inumane sau degradante) impune statelor părți obligația de a prezenta măsuri pentru abordarea unor situații specifice care înfrâng drepturile femeii precum: violență domestică sau orice altă formă de violență, viol, accesul la servicii medicale de avort în situația în care sarcina a rezultat în urma unui viol, avort forțat sau sterilizare forțată, mutilarea genitală feminină. În aceeași ordine de idei, Comentariul nr. 28 subliniază că dreptul de a nu fi supus sclaviei sau servituții – stabilit în art. 8 din Pact – coroborat cu dreptul egal al bărbaților și femeilor de a se bucura de drepturile menționate în Pact, determină obligația statelor de a spori măsurile de protecție a femeilor și a copiilor de gen feminin împotriva practicilor de sclavie sexuală, trafic, prostituție forțată, sclavie rezultând din activități casnice sau furnizarea unor servicii personale.

Comitetul analizează din perspectiva egalității între genuri aspecte practice precum impunerea unui cod vestimentar în sarcina femeilor. Conform Comentariului General nr. 28, acest aspect determină încălcarea mai multor drepturi ale femeilor printre care: (1) dreptul la libertatea și securitatea persoanei – menționat în art. 9 (în cazul în care neconformarea cu vestimentația impusă este sancționată cu privarea de libertate); (2) dreptul de a nu fi supusă torturii, tratamentelor crude, inumane sau degradante – stabilit în art. 7 (dacă sancțiunea pentru nerespectarea codului vestimentar constă în pedepse fizice); (3) libertatea de gândire, conștiință sau religie, dreptul la opinie, dreptul la cultură – precizate în art. 18, 19, 27 (în cazul în care codul vestimentar este impus împotriva libertății conștiinței, religiei, culturii sau opiniei femeii); (4) libertatea de mișcare – cuprinsă în art. 12 (dacă sancțiunea pentru nerespectarea codului vestimentar este imposibilitatea femeii de a circula liber, fără însoțitor).

Comentariul nr. 28 abordează egalitatea dintre bărbați și femei în condiții specifice, de detenție. Astfel, coroborând dispozițiile art. 10 cu prevederile egalității dintre bărbați și femei conținute în art. 3, se impune ca în favoarea femeilor deținute să existe condiții specifice de

¹ În lucrarea redactată de S. Dolezal, *The Systematic Failure to Interpret Article IV of the International Covenant on Civil and Political Rights: Is There a Public Emergency in Nigeria?*, American University International Law Review, volume 15, issue 5, 2000, pp. 1172-1174, scopul art. 4 este prezentat ca fiind acela de a proteja suveranitatea națională și în mod concret, existența națiunii, în situații de urgență în care există un pericol public excepțional. Autorul apreciază că, deși art. 4 din Pact constituie baza legală pentru derogare de la majoritatea prevederilor Pactului, inclusiv de la drepturi precum libertatea de mișcare – art. 12, dreptul la întruniri pașnice – art. 21 și dreptul de asociere liberă – art. 22, există unele drepturi non-derogabile, expres menționate în art. 4, alin. (2) precum dreptul la viață – art. 6, interdicția torturii, a tratamentelor crude, inumane sau degradante – art. 7, interdicția sclaviei și a servituții – art. 8 alin. (1) și (2). De asemenea, autorul consideră că drepturile non-derogabile exprimă principii ale dreptului internațional a căror neaplicare în situații de pericol public excepțional nu va conduce către soluționarea crizei în care se regăsește statul în cauză. Caracterul non-derogabil al dreptului la nediscriminare este expres menționat în art. 4 alin. (1) însă, în acest context, garanția nediscriminării este limitată la criteriile rasă, culoare, sex, limbă, religie sau origine socială, deosebindu-se de garanția nediscriminării cuprinsă în art. 2 – par. 1 și 2 în care criteriile discriminatorii erau enumerate exemplificativ și nu limitativ.

detenție precum: separarea de deținuții bărbați, supravegherea de gardieni de sex feminin, protecție specială în favoarea femeilor deținute care sunt gravide sau care au născut, accesul la programe educaționale și la vizite conjugale. În scopul eliminării practicilor tradiționale care determină subordonarea femeii căsătorite față de puterea soțului, Comitetul enunță în Comentariul nr. 28, unele prerogative care au scopul de a asigura egalitatea dintre soți pe parcursul căsătoriei: dreptul femeii la liberă circulație trebuie să fie asigurat în detrimentul practicilor care privesc exercitarea puterii maritale asupra femeilor sau exercitarea autorității părintești asupra femeii adulte, aplicându-se astfel art. 3 în coroborare cu art. 12. De asemenea, în virtutea art. 16 și a art. 3 din Pact, statele părți trebuie să monitorizeze respectarea personalității juridice a femeii căsătorite și în special, trebuie să adopte măsuri pentru contracararea practicii moștenirii văduvei. Având în vedere finalitatea egalității dintre femei și bărbații în planul familial, Comitetul impune, în Comentariul General nr. 28 măsuri specifice precum: respectarea dreptului la intimitate al femeilor prin protejarea drepturilor sexuale și reproductive, a deciziilor personale asupra numărului de sarcini dorite și asupra spațiului dintre sarcini (art. 17) sau respectarea deciziei libere și informate a femeilor de a încheia o căsătorie (art. 23). Pentru a oferi aplicabilitate egalității în fața tribunalelor evocată în art. 14 din Pact, Comitetul interpretează dimensiunea egalității dintre bărbați și femei din art. 3 ca incluzând în sfera sa obligația statelor părți de a furniza informații asupra practicilor care privează femeile de prezumția de nevinovăție sau de accesul la sprijin legal în probleme juridice de dreptul familiei.

II.2.2. Aplicații ale egalității în cazuistica Comitetului Drepturilor Omului

Cauza *Sandra Lovelace împotriva Canadei*¹ dezbate problema *clivajului dintre cultură și drepturile femeii ca drepturi ale omului*. În mod concret, pe data de 29 decembrie 1977, Sandra Lovelace formulează o comunicare individuală către Comitetul Drepturilor Omului prin care indică încălcarea *dreptului său la identitate* culturală (a dreptului de a aparține la comunitatea indiană de origine) ca urmare a prevederilor discriminatorii conținute în Actul Indian în temeiul cărora femeia indiană își pierde statutul de membru al comunității prin căsătoria cu un individ din afara comunității. Menționăm că nu există în Actul Indian invocat de autoarea comunicării individuale, prevederi similare în privința persoanelor de sex masculin. Conform secțiunii 12 alin. (1) lit. b) din Actul Indian: *următoarele persoane nu sunt îndrituite să fie înregistrate ca indieni: (...) femeia care se căsătorește cu o persoană non-indiană*. În drept, autoarea își întemeiază comunicarea individuală pe art. 2 alin. (1); art. 23 alin. (1) și 4, art. 26 și art. 27 din Pactul Internațional cu privire la Drepturile Civile și Politice. Dintre temeiurile legale invocate de autoare Comitetul Drepturilor Omului reține doar art. 27 reglementând dreptul la viață culturală ca bază legală a comunicării sale. În mod implicit, art. 2 alin. (1) a fost, de asemenea, luat în considerare, având în vedere caracterul său accesoriu, menit a asigura nediscriminarea (inclusiv în funcție de sex) în exercitarea drepturilor recunoscute de Pact. Comitetul argumentează că nu pot fi reținute temeiurile conținute în art. 26 care garantează egalitatea indivizilor în fața legii și dreptul la o ocrotire egală din partea legii întrucât autoarea și-a pierdut statutul de membră a comunității indiene înainte de intrarea în vigoare a Pactului și a primului Protocol facultativ; în egală măsură, au fost respinse prevederile art. 23 alin. (1) și 4 dedicate protecției familiei ca element natural și fundamental, ținându-se cont de faptul că protecția familiei și a copiilor sunt aspecte care sunt puse indirect în discuție în cadrul speței.

¹ Communication No. 24/1977, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 at 224 1990. Comentariile asupra speței au avut în vedere datele extrase din hotărârea Comitetului.

Din punctul nostru de vedere, Comitetul trebuia să trateze cu mai multă circumspecție *implicațiile exercitate de apartenența culturală a femeilor asupra vieții de familie*. Suntem de părere că prevederile Actului Indian prin intermediul cărora este negată identitatea culturală a femeii indiene ca urmare a căsătoriei cu un non-membru al comunității indiene limitează, *inter alia*, dreptul femeii de a-și exprima în mod liber consimțământul la căsătorie precum și dreptul femeii căsătorite de a transmite elementele de cultură indiană copiilor rezultați din căsătorie. Menținerea prevederilor discriminatorii cuprinse în conținutul secțiunii 12, alin. (1) lit. b) din Actul Indian reprezintă, în opinia noastră, *expresia unui act clasic de discriminare multiplă* în temeiul căruia, autoarea comunicării este discriminată în funcție de sex (după cum am precizat, nu există în Actul Indian o prevedere echivalentă adresată bărbaților) și în funcție de apartenența culturală (comunitatea de apartenență îi neagă autoarei identitatea culturală ca urmare a căsătoriei cu un bărbat non-indian; de asemenea, femeile canadiene nu sunt supuse unei prevederi legislative similare).

Ulterior reținerii încălcării art. 27 din Pact, Canada și-a luat angajamentul față de Comitet pentru redresarea situației prin adoptarea de măsuri legislative pertinente. Pe data de 4 august 1982 a fost constituită Sub-comisia Parlamentară asupra Femeilor Indiene și asupra Actului Indian care a adoptat, pe data de 21 septembrie 1982, Raportul de Amendare a Actului Indian. Documentul prevede o serie de acțiuni menite să elimine discriminările în relație cu statutul femeilor indiene: (1) apartenența femeilor indiene la comunitatea indiană nu este contestată/pierdută prin căsătoria cu un individ non-indian; (2) femeile care și-au pierdut statutul de membru al comunității indiene pot să îl redobândească; (2) reintegrarea în cadrul comunității se va face în cadrul grupului de origine – fapt ce abilitează femeile indiene să se reîntoarcă în rezervația în care au trăit înainte de pierderea statutului cultural. De asemenea, în aprilie 1982 a intrat în vigoare Carta Canadiană a Drepturilor și Libertăților ca parte integrantă a Constituției Canadiene. Pentru a preveni situații similare celei experimentate de autoarea comunicării, Carta Canadiană cuprinde prevederi care asigură *nediscriminarea* (inclusiv în funcție de criteriul sex și de criterii care desemnează dimensiunea culturală *lato sensu* precum *rasă, naționalitate, origine etnică, culoare, religie*), *respectul pentru moștenirea multiculturală a canadienilor, egalitatea între bărbați și femei*.

Comitetul concluzionează că statul canadian a răspuns într-o manieră constructivă și responsabilă aspectelor indicate în cauza *Lovelace*, amendând Actul Indian în privința prevederilor discriminatorii față de femei.

În cauza *Shirin Aumeeruddy-Cziffra și alte 19 femei din Mauritius împotriva Republicii Mauritius*¹ obiectul litigiului constă în evaluarea caracterului discriminatoriu al dispozițiilor Actului Imigrării Amendat în 1977 și al Actului Deportărilor Amendat în același an. Autoarele comunicării pretindeau încălcarea drepturilor cuprinse în art. 2, 3, 4, 17, 23, 25 și 26 din Pactul Internațional cu privire la Drepturile Civile și Politice, adresându-se Comitetului Drepturilor Omului în urma epuizării resurselor interne. Menționăm că înainte de amendarea celor două acte, acestea conțineau prevederi referitoare la egalitate în materia deportării și imigrării. În comunicarea formulată, autoarele susțineau caracterul discriminatoriu al prevederilor citate din două perspective: (1) sunt discriminați soții străini ai femeilor din Mauritius prin comparație cu soțiile străine ai cetățenilor de gen masculin ai statului Mauritius întrucât doar prima categorie își pierde dreptul la reședință legală și este obligată să aplice pentru dobândirea *permisului de reședință* – document care poate fi refuzat de către Ministerul de Afaceri Interne; de asemenea, doar soții străini ai femeilor cetățene ale statului Mauritius sunt susceptibili de a fi deportați; (2) este afectat în mod exclusiv dreptul la viață privată al femeilor

¹ Communication No. R.9/35, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) at 134 (1981). Comentariile asupra speței au avut în vedere datele extrase din hotărârea Comitetului.

din Mauritius întrucât soțiile străine ale cetățenilor bărbați din Mauritius dobândesc reședință legală ca urmare a căsătoriei, fără alte formalități, ele nefiind supuse riscului deportării. Comitetul Drepturilor Omului a considerat admisibilă comunicarea formulată de autoare și în temeiul art. 4 par. 2 din primul Protocol Facultativ al Pactului a solicitat Republicii Mauritius să prezinte un raport în care să ofere explicații în vederea clarificării problemei de drept.

Republica Mauritius admite caracterul discriminatoriu (în funcție de criteriul *sex*) al prevederilor amendate ale Actului Imigrării și Actului Deportării. Statul Mauritius a argumentat caracterul discriminatoriu al prevederilor conținute în cele două Acte în temeiul *prevenirii comiterii de activități subversive* care au constituit obiectul anchetării unor bărbați străini căsătoriți cu femei din Mauritius. De asemenea, statul Mauritius consideră că deși dispozițiile legale naționale sunt discriminatorii, deoarece nu asigură dreptul de a intra, de a avea dobândi reședință și de a nu fi expulzat din Mauritius soților străini de gen masculin, *dreptul de a intra, de a avea reședință, de a nu fi expulzat* nu este garantat în mod expres în Pact. Din acest din urmă aspect rezultă că temeiul de drept invocat de autoare în comunicarea formulată este identificat în mod eronat.

În informațiile și observațiile adiționale furnizate de autoare în data de 19 martie 1980, autoarele adoptă cea de-a doua dimensiune discriminatorie prezentată în rândurile de mai sus. Astfel, autoarele precizează că statul Mauritius se referă în explicațiile sale, la discriminarea soților străini ai femeilor indigene însă, autoarele remarcă dimensiunea discriminatorie care privește drepturile femeilor indigene căsătorite cu bărbați străini. În acest sens, autoarele rețin următoarele încălcări ale drepturilor femeilor cetățene ale statului Mauritius: (1) femeile cetățene ale statului Mauritius nu au garantat în favoarea lor un drept nerestricționat la viața de familie în ipoteza în care se căsătoresc cu un non-cetățean, în timp ce, bărbații cetățeni ai statului Mauritius dețin în această privință un drept nerestricționat; (2) existând principiul retroactivității legii la nivel național, femeile cetățene pierd oportunitatea de a participa la viața publică a statului Mauritius ca urmare a căsătoriei cu un non-cetățean; (3) „opțiunea” prezentată de statul Mauritius în explicațiile sale, conform căreia, femeile cetățene pot alege să își însoțească soții non-cetățeni în țara de origine a acestora constă, de fapt, într-o obligație impusă doar femeilor cetățene ale statului Mauritius, fără a exista un echivalent în privința bărbaților cetățeni; (4) „posibilitatea” femeilor cetățene de a alege între exercitarea drepturilor civile în statul Mauritius sau plecarea în străinătate împreună cu soții non-cetățeni este fictivă deoarece, femeile cetățene pot fi în imposibilitatea de a exercita această alegere din cauza unor anumiți factori (precum stare de sănătate precară, contract individual de muncă încheiat pe perioadă nedeterminată); (5) prin alocarea unui statut legal nesigur soților străini, statul Mauritius limitează, în mod implicit, dreptul femeilor cetățene de a-și alege în mod liber viitorul soț și de a-și întemeia o familie.

În plus, autoarele susțin că nu solicită imunitate la deportare pentru cetățenii străini căsătoriți cu femeile cetățene ale statului Mauritius. Autoarele formulează obiecțiuni față de puterea discreționară acordată în materia deportării Ministerului de Afaceri Interne prin Actul Deportării Amendat. În mod concret art. 13 din Pact prevede imposibilitatea expulzării în mod arbitrar a unui străin care se află în mod legal pe teritoriul unui stat. Autoarele nu contestă dreptul acordat soților străini de a solicita, conform legii, permisul de ședere pe teritoriul statului Mauritius însă, deciziile în materie sunt adoptate de Ministerul de Afaceri Interne și nu de o Curte de Justiție. Evaluarea solicitărilor realizată de Ministerul de Afaceri Interne poate avea caracter arbitrar. Ministerul de Afaceri Interne are putere discreționară cu privire la soluționarea solicitărilor referitoare la acordarea de permise de ședere soților de cetățenie străină întrucât decizia sa nu este supusă unei căi de atac.

Analizând argumentele de fapt și de drept invocate de autoarele comunicării și de statul vizat, Comitetul observă următoarele aspecte-premisă: (1) până la amendarea Actului Deportărilor și al Actului Imigrării din 1977, soții și soțiile cetățenilor Republicii Mauritius se bucurau, în mod non-discriminatoriu, de imunitate la deportare și de dreptul la liber acces pe teritoriul statului Mauritius, fiind considerați *de facto* rezidenți ai statului; (2) este necesar să fie evaluat gradul în care modificarea legislativă survenită în anul 1977 încalcă drepturile stabilite în Pact; (3) Comitetul reține că în temeiul art. 1 din primul Protocol Facultativ la Pactul Internațional cu privire la Drepturile Civile și Politice, pentru ca autorul/autorii unei comunicări să pretindă calitatea de victimă este necesar ca drepturile acestuia/acestora să fie încălcate; (4) Comitetul observă că din cele 20 de autoare ale comunicării, 17 sunt necăsătorite iar 3 sunt căsătorite, soții lor fiind cetățeni străini; (5) cu privire la autoarele necăsătorite, Comitetul stabilește că acestea nu pot invoca statutul de victimă *in abstracto* pe calea *actio popularis* deoarece ele nu au suferit un prejudiciu personal și nici nu există riscul de a suferi un prejudiciu personal prin modificarea legislativă din 1977; (6) cu privire la situația celor 3 autoare căsătorite cu cetățeni străini, Comitetul va proceda la examinarea efectelor produse de amendarea legislativă din 1977 asupra vieții de familie a femeilor căsătorite.

Referitor la ultimul punct enumerat anterior, Comitetul apreciază că relațiile dintre femeile cetățene ale statului Mauritius și soții lor străini sunt încadrate în categoria *relațiilor de familie* care, în temeiul art. 17 din Pact, trebuie să fie protejate față de orice *imixtiune arbitrară sau ilegală*. În concepția Comitetului, modificările legislative naționale din anul 1977 care reglementează posibilitatea deportării soților străini ai femeilor indigene și situația precară a acordării reședinței în favoarea acestora, afectează viața de familie a femeilor cetățene a statului Mauritius. În mod similar, afectează viața de familie și amânarea soluționării cererilor formulate de soții străini în scopul obținerii reședinței pe teritoriul statului Mauritius deoarece, din dreptul de ședere pe teritoriul statului, derivă alte drepturi precum dreptul la muncă (permisul de muncă fiind obținut urmare a obținerii permisului de ședere).

Revenind la art. 17 din Pact, Comitetul trebuie să aprecieze dacă imixtiunile în viața de familie a femeilor indigene sunt *arbitrare*. Verificarea caracterului *legal* al măsurilor nu este necesară deoarece acestea decurg din prevederile legale naționale. Comitetul reține *caracterul arbitrar* al imixtiunii în viața de familie a celor trei femei căsătorite cu cetățeni străini prin identificarea *caracterului discriminatoriu* al prevederilor legale naționale. În virtutea art. 2 alin. (1) și 2 și în virtutea art. 3, drepturile stabilite în conținutul Pactului trebuie să fie garantate în mod non-discriminatoriu (inclusiv în funcție de criteriul sex). În speța analizată, concluzia Comitetului constă în aprecierea încălcării dreptului femeilor cetățene ale statului Mauritius de a exercita drepturile prevăzute în Pact în condiții de egalitate cu cetățenii de sex masculin. Adicional, Comitetul atestă că orice restricții sunt impuse asupra unui drept garantat de Pactul Internațional trebuie să fie stabilite în mod nediscriminatoriu. În cazul dat, era necesară impunerea acelorași restricții legale și soților non-cetățene. *Deși Comitetul acceptă punctul de vedere al statului Mauritius în conformitatea căruia statul poate, din motivele de siguranță invocate, să restricționeze accesul străinilor sau să îi expulzeze, restricționarea drepturilor trebuie să fie egală pentru femeile străine căsătorite cu cetățenii statului și pentru bărbații străini căsătoriți cu femeile cetățene ale statului Mauritius.* Comitetul reține, în legătură cu situația celor trei autoare căsătorite, încălcarea drepturilor cuprinse în art. 2 alin. (1), art. 3, art. 17, art. 23 și art. 26 din Pact. În privința alegațiilor referitoare la încălcarea art. 25 din Pact, Comitetul recunoaște doar lezarea posibilității de exercitarea a dreptului de participare la viața publică, fără a fi recunoscută, în mod concret, o violare a dreptului. Pentru drepturile a căror încălcare a fost recunoscută în mod concret, Comitetul recomandă acordarea de remedii celor 3 victime și modificarea corespunzătoare a legislației discriminatorie.

○ II.3. Pactul Internațional cu privire la Drepturile Economice, Sociale și Culturale: particularități ale teoriei egalității¹

Nediscriminarea și egalitatea sunt enunțate și garantate în Pactul Internațional cu privire la Drepturile Economice, Sociale și Culturale² conform modelului oferit de Pactul Internațional cu privire la Drepturile Civile și Politice.

Articolul 2 par. 2 din Pactul Internațional cu privire la Drepturile Economice, Sociale și Culturale este identic în conținut cu art. 2 par. 2 din Pactul Internațional cu privire la Drepturile Civile și Politice. Ambele texte instituie *garanția generală a nediscriminării* în exercitarea drepturilor garantate de Pact: *Statele părți la prezentul Pact se angajează să garanteze că drepturile enunțate în el vor fi exercitate fără nici o discriminare întemeiată pe rasă, culoare, sex, limbă, religie, opinie politică sau orice altă opinie, origine națională sau socială, avere, naștere sau orice altă împrejurare*. În primul rând observăm că în ambele instrumente legale, prevederea nediscriminării se raportează la fiecare drept conținut în cuprinsul Pactelor – aspect care exprimă *caracterul non-autonom* al normei nediscriminării. În al doilea rând reținem că ambele instrumente legale enumeră aceleași criterii discriminatorii iar expresia *orice altă împrejurare* atestă caracterul non-exhaustiv al enumerării.

Deși criteriul discriminatoriu al *sexului* este stipulat în mod expres în enumerarea conținută în art. 2 par. 2 din Pact, art. 3 din Pactul Internațional cu privire la Drepturile Economice, Sociale și Culturale impune, în mod similar cu art. 3 din Pactul Internațional cu privire la Drepturile Civile și Politice, *dreptul egal al femeii și bărbatului de a beneficia de drepturile economice, sociale și culturale enumerate de Pact*. Din modul de formulare utilizat în articolul citat, reținem *caracterul non-autonom* al *dreptului la egalitate între bărbați și femei* întrucât, la fel ca în cazul expus în art. 2 par. 2, *egalitatea se referă la totalitatea drepturilor economice, sociale, culturale enumerate de Pact*³.

Coroborând ideile asupra egalității și nediscriminării astfel cum acestea sunt prezentate în art. 2 par. 2 și art. 3 din Pactul Internațional cu privire la Drepturile Economice, Sociale și Culturale, subliniem următoarele aspecte juridice: (1) garanția nediscriminării menționată în art. 2 par. 2, precum și egalitatea între bărbați și femei cuprinsă în art. 3 constituie atât o *obligație* impusă în sarcina statelor părți cât și un drept al indivizilor; (2) atât *egalitatea* cât și *nediscriminarea* sunt formulate într-o manieră care subliniază caracterul lor *non-autonom* – realizarea acestora fiind dependentă de celelalte drepturi menționate în Pact; (3) raportându-se la celelalte drepturi conținute în Pact, egalitatea și nediscriminarea au caracter *transversal*⁴; (4) egalitatea dintre bărbați și femei cuprinsă în art. 3 constituie o aplicație particulară a nediscriminării în funcție de criteriul sex-enunțată în art. 2 par. 2.

Având în vedere *autoritatea interpretativă* a Comenariilor Generale⁵ ale Comitetului Asupra Drepturilor Economice, Sociale și Culturale¹, semnificația *nediscriminării în exercitarea*

¹ Sub-sectiune conform lucrării N. Voiculescu, M.B. Berna, *op. cit.*, pp. 48-51.

² Adoptat și deschis spre semnare de Adunarea Generală a ONU la 16 decembrie 1966 prin Rezoluția 2200 A (XXI). Intrat în vigoare la 3 ianuarie 1976, conform dispozițiilor art. 27. România a ratificat Pactul la 31 octombrie 1974 prin Decretul nr. 212, publicat în B. Of. nr. 146 din 20 noiembrie 1974. *Brevitatis causa*, vom folosi pe parcursul prezentei secțiuni expresia *Pactul Internațional* sau *Pactul* pentru a desemna *Pactul Internațional cu privire la Drepturile Economice, Sociale și Culturale*.

³ În același sens se pronunță L. Lamarche, A. Tobalagba, *L'article 3 du Pacte International relatif au droits économique, sociaux et culturels*, Université du Québec à Montréal; University of Ottawa – Common Law Section, March 12, 2012, Social Science Electronic Publications, pp. 1-20.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Pentru a observa funcția interpretativă exercitată de Comitetul Asupra Drepturilor Economice, Sociale și Culturale în privința drepturilor garantate de Pactul Internațional cu privire la Drepturile Economice, Sociale și Culturale, a se consulta D. Otto, „Gender Comment”: *Why does the UN Committee on Economic, Social*

drepturilor economice, sociale și culturale a fost explicată în *Comentariul General nr. 20/2009*² iar *dreptul egal al femeilor și al bărbaților de a beneficia de toate drepturile economice, sociale și culturale enumerate în Pact* este dezvoltat în *Comentariul General nr. 16/2005*³.

Paragrafele 7-10 din *Comentariul General nr. 20/2009* caracterizează *obligatia statelor de a asigura nediscriminarea în exercitarea drepturilor prevăzute în Pact* ca *imediată și transversală*. De asemenea, par. 7-10 indică formele de discriminare împotriva cărora se îndreaptă acțiunea statelor: *discriminare formală* – în scopul eliminării discriminării formale statele trebuie să adopte politici publice și standarde legale care interzic discriminarea în funcție de motive specifice și *discriminare substanțială* – care poate fi contracarată prin evaluarea factorilor care conduc, *in concreto*, la perpetuarea stării discriminatorii a unei categorii de indivizi/a unui individ. Pentru eliminarea discriminării substanțiale statele trebuie să adopte *măsuri speciale* care să vizeze eradicarea cauzelor care conduc, în fapt, la inegalități. De principiu, măsurile speciale au caracter *temporar, obiectiv, rezonabil și proporțional*. În mod excepțional, caracterul măsurilor poate fi *permanent* dacă starea de discriminare nu este posibil a fi înlăturată. *Exempli gratia* a instaurării măsurilor speciale cu titlu permanent: menținerea serviciilor de traducere și interpretare în favoarea persoanelor aparținând minorităților lingvistice. Din punctul nostru de vedere, menținerea măsurilor speciale în favoarea femeilor tinde să reprezinte un fapt permanent, deoarece studiarea angajamentelor globale asumate de ONU în favoarea drepturilor femeii, ne conduce la opinia conform căreia obiectivele care decurg din obiectivul major al asigurării egalității între sexe/genuri, sunt atinse parțial de la un orizont temporal la altul.

Comitetul asupra Drepturilor Economice, Sociale și Culturale clarifică, în paragraful 10, sfera de cuprindere a garanției nediscriminării din art. 2 par. 2 al Pactului, stabilind că aceasta se referă atât la *discriminarea directă* cât și la *discriminarea indirectă*. Suntem de părere că formele de discriminare amintite pot fi corelate astfel: (1) *discriminare formală-discriminare directă* – întrucât ambele forme există dacă, în textul documentelor oficiale (politici, legi) există prevederi în temeiul cărora un individ este supus unui tratament nefavorabil în temeiul unui criteriu interzis; (2) *discriminare substanțială-discriminare indirectă* – ambele forme au ca premisă existența unor norme care interzic discriminarea însă cu toate acestea, fenomenul se produce în mod concret. În cazul discriminării indirecte, situația-premisă constă într-o normă neutră a cărei aplicare determină tratamentul nefavorabil în temeiul unui criteriu interzis.

În orice caz, tratamentul diferențiat va fi acceptat dacă există o justificare obiectivă și rezonabilă pentru acesta; de asemenea, scopul și efectele măsurii adoptate/a omisiunii trebuie să fie legitime, compatibile cu natura drepturilor cuprinse în Pact și să aibă scopul de a promova bunăstarea generală. Justificarea tratamentului diferențiat este apreciată și în funcție de existența *proporționalității* între scopul urmărit, măsurile implementate sau omisiunile practicate și efectele acestora. În principiu, lipsa resurselor necesare pentru atingerea

and Cultural Rights need a General Comment on Women?, The University Of Melbourne, Faculty Of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper no. 31, Social Science Research Network Electronic Library, 2002, pp. 1-65.

¹ Comitetul Asupra Drepturilor Economice, Sociale și Culturale constituie mecanismul autorizat să supravegheze aplicarea Pactului Internațional cu privire la Drepturile Economice, Sociale și Culturale. Acesta a fost instituit de Consiliul Economic și Social prin rezoluția 1985/17. *Brevitatis causa*, termenul *Comitetul* va desemna, pe parcursul prezentei secțiuni a lucrării noastre, *Comitetul Asupra Drepturilor Economice, Sociale și Culturale*.

² General Comment no. 20, *Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, Committee On Economic, Social and Cultural Rights, Forty-second session, Geneva, 4-22 May 2009, Agenda item 3.

³ General Comment no. 16/2005, *Article 3: the equal right of men and women to the enjoyment of all economic, social and cultural rights*, Committee On Economic, Social and Cultural Rights, Thirty-fourth session, Geneva, 25 April – 13 May 2005, Item 3 of the provisional agenda.

standardului nediscriminării nu reprezintă, *per se*, o justificare rezonabilă a tratamentului diferențiat¹.

În enumerarea criteriilor discriminatorii, indicată de art. 2 par. 2, criteriul *sex* are o însemnătate particulară, dezvoltată de Comitet în par. 20 din Comentariul General 20/2009. Este subliniat în mod expres că, *sexul* – ca și criteriu discriminatoriu a evoluat, incluzând nu doar aspectele bio-fizice cât mai ales aspectele *psihologice* și *sociale* care se referă la constructul social al *genului*. Din punctul nostru de vedere, identificarea elementelor definitorii ale *genului* în sfera de cuprindere a criteriului discriminatoriu al *sexului* presupune *extinderea situațiilor discriminatorii* la care se referă acesta din urmă. În consecință, interdicția discriminării în funcție de *sex* presupune inclusiv eliminarea *practicilor culturale discriminatorii* dat fiind faptul că acestea din urmă rezultă din construcții mentale patriarhale reflectate la nivel social.

Articolul 3 dezvoltă garanția nediscriminării în funcție de criteriul *sex*, stabilind *dreptul egal al femeilor și bărbaților în a beneficia de toate drepturile economice, sociale și culturale* cuprinse în Pact. Comentariul nr. 16/2005 al Comitetului clarifică modul de interpretare al prevederilor incluse în art. 3, menționând, în par. 5 *rațiunea impunerii unei garanții separate în vederea asigurării egalității dintre bărbați și femei*. În consecință, protecția drepturilor femeii constituie un subiect specific din două rațiuni: (1) existența tradițiilor sau obiceiurilor în temeiul cărora sunt limitate drepturile femeii; (2) supunerea femeilor unei forme *suis generis de discriminare* prin corelarea simultană a mai multor criterii discriminatorii precum *vârstă, rasă, culoare, religie, limbă*, care se adaugă criteriului *sex*. *Mutatis mutandis*, art. 3 urmărește eliminarea discriminării directe și indirecte, a discriminării substanțiale și formale prin menținerea unei perspective neutre din punctul de vedere al criteriului *gen*. Comitetul admite influențele pe care *genul* – *ca și construct cultural al identității feminine și masculine* – le aduce în materia egalității dintre bărbați și femei. Conform par. 14 din Comentariul General nr. 16/2005, aptitudinile, comportamentul, capacitățile intelectuale ale femeilor sunt influențate de rolurile de gen care le sunt atribuite în virtutea mentalului colectiv de natură că femeile sunt plasate într-o stare de subordonare socială și juridică prin negarea accesului deplin la drepturile economice, sociale și culturale. Obligația statelor în asigurarea egalității dintre bărbați și femei are o structură tripartită, incluzând *obligația de a respecta, obligația de a proteja și obligația de a împlini*. Obligația de a respecta este manifestă în *abstinendo* – statul abținându-se de la orice acțiune sau omisiune discriminatorie; obligația de a proteja este activă, implicând acțiuni din partea statului în timp ce obligația de a împlini presupune inițierea de acțiuni pentru asigurarea egalității *de facto*.

○ II.4. Convenția pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de Femei – un model *suis generis* de garantare a egalității?

II.4.1. Clarificări conceptuale: egalitate sau echitate

Convenția pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de Femei³ declară în partea preambulară¹ scopul *asigurării egalității dintre femei și bărbați în toate domeniile* iar în

¹ Pentru detalii suplimentare asupra *justificării tratamentului discriminatoriu*, a se consulta par. 3 din Comentariul General nr. 20/2009.

² Sub-secțiune conform lucrării N. Voiculescu, M.B. Berna, *op.cit.*, pp. 53-67.

³ Instrument juridic cu forță obligatorie, adoptat sub egida ONU. Instrumentul a fost adoptat și deschis spre semnare de Adunarea Generală a ONU prin Rezoluția nr. 34/180 din 18 decembrie 1979, intrată în vigoare la 3 septembrie 1981. România a ratificat Convenția la 26 noiembrie 1981 prin Decretul nr. 342 publicat în Buletinul Oficial al României, partea I, nr. 94 din 28 noiembrie 1981. *Brevitatis causa*, vom desemna *Convenția pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de Femei* prin expresia *Convenția*.

conținutul său sunt propuse mijloace apte să contureze concepția asupra egalității. În prezenta secțiune a lucrării noastre vom evidenția *perspectiva juridică asupra egalității* promovată prin Convenție și *modus operandi* utilizat pentru implementarea perspectivei egalității. Analizând *obiectul și scopul* Convenției pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de Femei, Comitetul pentru Eliminarea Discriminării față de Femei² a statuat că *standardul egalității între bărbați și femei* circumscris prezentei Convenții va fi atins dacă, în mod concret, vor fi îndeplinite 3 obiective: (1) *înlăturarea tuturor formelor de discriminare față de femei existente în lege*; (2) *îmbunătățirea poziției factuale a femeilor*; (3) *abordarea relațiilor de gen în lăuntrul cărora persistă stereotipurile de gen*³.

Achiesăm la standardul egalității descris anterior de Comitet însă considerăm că o atență analiză a celor trei obiective determină, la rândul său, două standarde: (1) standardul egalității formale – corespunzător primului obiectiv enunțat de Comitet și (2) standardul egalității substanțiale – corespunzător ultimelor două obiective. Prin reunirea celor două standarde rezultatul dorit va consta în împlinirea egalității dintre bărbați și femei în toate domeniile de activitate, astfel fiind realizat scopul Convenției. Din punctul nostru de vedere în înțelegerea perspectivei egalității – promovată de Convenție – este necesară o cercetare cuprinzătoare care se fundamentează pe următoarele aspecte: (1) clivajul conceptual *egalitate – echitate*; (2) principiul nediscriminării astfel cum acest aspect rezultă din definiția *discriminării față de femei* cuprinsă în art. 1 din Convenție; (3) atingerea egalității prin raportare la obligațiile pe care statele părți la Convenție trebuie să le îndeplinească în mod formal; (4) *stabilirea obiectivului egalității substanțiale, inclusiv prin implementarea de acțiuni pozitive* (art. 4 din Convenție).

În primul rând, diferența dintre *egalitate* și *echitate* constituie o problemă care nu rezultă în mod direct din conținutul Convenției însă aceasta derivă din discuțiile non-formale desfășurate în cadrul conferințelor internaționale pentru promovarea drepturilor femeilor⁴ și din discuțiile non-formale dintre Comitetul pentru Eliminarea Discriminării față de Femei și delegațiile statelor părți la Convenție. Clivajul terminologic *echitate-egalitate* a fost reluat în activitatea Organizației Pan-Americane de Sănătate care susținea că în raporturile dintre genuri atingerea unui nivel mai dezvoltat în materia protecției sănătății femeilor poate fi îndeplinit prin implementarea *echității* în detrimentul *egalității* în raporturile de gen. Literatura de specialitate⁵ a manifestat interes pentru distincția realizată de Organizația Pan-Americană de Sănătate care identifica *echitatea* precum expresie a principiilor justiției

¹ *Exempli gratia*, în partea preambulară a Convenției, egalitatea dintre femei și bărbați este promovată în toate domeniile de activitate prin enunțarea următoarelor considerente: *Luând notă că, pactele internaționale ale drepturilor omului au obligația să asigure egalitatea drepturilor bărbatului și femeii în exercitarea tuturor drepturilor economice, sociale, culturale, civile și politice; Reamintind că, discriminarea față de femei violează principiile egalității în drepturi și respectului demnității umane, că ea împiedică participarea femeilor în aceleași condiții ca și bărbații, la viața politică, socială, economică și culturală din țara lor.*

² Institutit în temeiul art. 17 al Convenției pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de Femei. *Brevitatis causa*, Comitetul pentru Eliminarea Discriminării față de Femei va fi desemnat prin expresia *Comitetul*.

³ *General Recommendation 25*, UN Doc A/59/38, annex I, 6-7.

⁴ După cum observă literatura de specialitate, A.lda Facio, M.artha I. Morgan, *Equity Or Equality For Women? Understanding Cedaw's Equality Principles*, Alabama Law Review, Volume 60, Issue 5, 2009, pp. 1135-1142, prima discuție informală asupra termenului potrivit (egalitate sau echitate) a fost purtată în cadrul Conferinței de la Beijing din 1995 când statele islamice și Sfântul Scaun au argumentat că, termenul *echitate* este mai potrivit politicii lor statale în comparație cu termenul *egalitate* preferat de statele occidentale.

⁵ E. Gómez Gómez, *Equity, Gender and Health: Challenges For Action*, Review Panam Salud Publica, May/June 2002, p. 454-461; E. Gómez Gómez, *Equity, Gender and Health: Myths and Realities*, Women's Health Journal, 2004, p. 54.

sociale și a drepturilor omului și *egalitatea* precum un concept eminamente empiric, despărțit de categoria teoretică a drepturilor omului. Conștient de opoziția unor state-părți la implementarea conceptului *egalității* în conținutul Convenției, Comitetul pentru Eliminarea Discriminării față de Femei a stabilit în recomandările/comentariile sale¹ tranșarea clivajului conceptual în favoarea *egalității* – concept implementat în toate instrumentele juridice adoptate în materia drepturilor omului al cărui conținut este susceptibil de explicații juridice. Spre deosebire de *egalitate*, *echitatea* este un concept mult prea flexibil, al cărui echivalent rezidă în *justiția socială* – ambele fiind termene imposibil de integrat în rigorile juridice. *Exempli gratia*, în Comentariile Finale ale Comitetului, expuse în cadrul celei de-a 37-a Sesiuni cu statul Columbia dar și în cadrul Comentariilor Finale ale Comitetului ale celei de-a 38-a Sesiuni cu statul Vanuatu, a fost argumentată predilecția Comitetului pentru *egalitate* fiind subliniată, de asemenea, necesitatea realizării unei distincții teoretice și practice între *echitate* și *egalitate*. În primul caz², Comitetul a menționat că dacă *statul Columbia realizează activități menite să asigure echitatea femeilor, aceste eforturi trebuie să fie plasate în cadrul schemei generale derivată din Convenție în scopul asigurării egalității de fapt între bărbați și femei*. În cel de-al doilea caz³ Comitetul și-a demonstrat îngrijorarea cu privire la utilizarea interșanjabilă a noțiunilor *egalitate* și *echitate* – stabilind că primul este termenul preferat și utilizat în conținutul Convenției: *(...) deși Convenția se referă la conceptul egalității, termenii „egalitate” și „echitate” sunt utilizați în planurile și programele statale de natură că acestea pot fi interpretate ca fiind sinonime sau interșanjabile*. Menționăm că în conținutul Convenției este utilizat pentru a face referire la statutul femeilor conceptul de *egalitate*; în schimb, în partea preambulară a Convenției, termenul *echitate* este menționat o singură dată⁴.

II.4.2. Standardele convenționale în materia egalității

Articolul 1 din Convenție definește în mod expres discriminarea femeilor astfel: *În termenii prezentei Convenții, expresia discriminare față de femei vizează orice diferențiere, excludere sau restricție bazată pe sex, care are drept efect sau scop să compromită ori să anihileze recunoașterea, beneficiul și exercitarea de către femei, indiferent de starea lor matrimonială, pe baza egalității dintre bărbat și femeie, a drepturilor omului și a libertăților fundamentale, în domeniile politic, economic, social, cultural și civil sau în orice alt domeniu*. Am decis să prezentăm în *expresis* definiția avansată de art. 1 din Convenție cu scopul de a sublinia consecințele derivate din concepția promovată prin prezentul instrument juridic prin referire la *standardul egalității*.

Suntem de părere că din definiția oferită de art. 1 din Convenție rezultă următoarele aspecte juridice: (1) pentru prima dată în cadrul unui instrument internațional, discriminarea

¹ Menționăm că, începând cu anul 2008, Comitetul pentru Eliminarea Discriminării față de Femei a utilizat cu preponderență noțiunea de *comentarii generale/finale* prin comparație cu noțiunea de *recomandări generale/finale*; cu toate acestea, ambele noțiuni au fost păstrate și utilizate în mod interșanjabil.

² Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, 37th Session, *Concluding Comments of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women: Colombia*, 16, U.N. Doc. CEDAW/C/COL/CO/6 (Feb. 2, 2007).

³ Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, 38th Session, *Concluding Comments of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women: Vanuatu*, 14, U.N. Doc. CEDAW/C/VUT/CO/3 (June 11, 2007).

⁴ Contextul în care este utilizat, în partea preambulară, conceptul *echității* este următorul: *(...) Convinse că, instaurarea unei noi ordini economice internaționale, bazată pe echitate și justiție, va contribui în mod semnificativ la promovarea egalității între bărbat și femeie (...)*.

este definită în relație cu *genul feminin*, fiind explicat modul în care fenomenul discriminării afectează exercitarea drepturilor femeilor; (2) discriminarea este echivalentă *oricărei diferențieri, excluderi, restricții*; (3) efectele discriminării sunt observabile în toate domeniile *politic, economic, social, cultural sau în orice alt domeniu*; (4) definirea discriminării prin apel la conceptul egalității de natură ca *discriminarea față de femei să echivaleze cu compromiterea sau anihilarea recunoașterii, beneficiului, exercitării de către femei în condiții de egalitate cu bărbații a drepturilor și libertăților fundamentale*. Cu privire la cea din urmă idee, remarcăm că în conținutul prezentului instrument juridic internațional, a fost încorporată explicația avansată de literatura de specialitate privitoare la *relația dintre egalitate și nediscriminare*. În temeiul acesteia, egalitatea și nediscriminarea sunt afirmații pozitive și negative cu privire la același principiu: egalitatea este absența discriminării iar susținerea nediscriminării între grupuri va produce egalitatea¹. De asemenea, prin evaluarea definiției discriminării oferită de art. 1 din Convenție observăm că *nu orice diferențiere, excludere sau restricție bazată pe sex determină discriminarea femeilor ci doar acea diferențiere, excludere sau restricție bazată pe sex care are ca efect sau scop compromiterea sau anihilarea recunoașterii, beneficiului, exercitării de către femei a drepturilor și libertăților fundamentale în domeniile politic, economic, social, cultural, civil și în orice domeniu*.

Analizând modul în care standardul egalității se aplică în conținutul Convenției, literatura de specialitate² a identificat *trei modele ale egalității*: (1) *egalitatea formală* – derivă din obligațiile impuse statelor de a adopta măsuri legislative astfel încât să îndepărteze din conținutul legii orice element care favorizează discriminarea față de femei (sunt ilustrative în acest sens, art. 2, 3, 6, 7, 10); (2) *egalitatea substanțială* – urmărește îmbunătățirea concretă a statutului femeilor în scopul atingerii *egalității de facto* (considerăm că art. 4 care instituie măsurile temporare speciale reprezintă un instrument juridic necesar pentru susținerea femeilor în depășirea inegalităților istorice la care au fost supuse); (3) *egalitatea transformativă* – constă atât în schimbarea *modus operandi a structurilor, instituțiilor, sistemelor statale în abordarea fenomenului discriminării de gen* cât și în schimbarea *indivizilor și a tiparelor de gândire și comportament individuale în vederea eliminării concepțiilor stereotipe* (art. 5 este pertinent).

Suntem de acord cu teoria egalității expusă de literatura de specialitate, egalitatea formală și egalitatea substanțială fiind corespondente cu pct. 3 și 4 din modelul interpretativ propriu avansat asupra standardelor egalității reflectate în Convenție, model dezvoltat în par. 2 din secțiunea anterioară a lucrării.

Finalmente, pentru a sublinia sfera de cuprindere a standardelor egalității evocate de Convenție, apreciem că este necesar să reiterăm formele egalității și tipurile discriminatorii la care se referă conținutul Convenției. Din acest punct de vedere, Convenția se aplică în scopul eliminării *discriminării directe* (a inegalităților de tratament desprinse din conținutul prevederilor legale) cât și în scopul eliminării *discriminării indirecte* (a inegalităților de tratament care nu derivă din conținutul normelor legale ci din *efectele* produse ca urmare a aplicării legii). În mod corespunzător, în privința standardelor de egalitate, identificăm *egalitatea formală* (dedusă din prevederile legale care asigură tratament nediscriminatoriu) și *egalitatea substanțială* (evaluată în raport de efectele produse în concret de normele nediscriminatorii).

¹ A.F. Bayefsky, *The principle of Equality or Non-discrimination in International Law*, Human Rights Quarterly volume 11, 1990, p. 5.

² S. Cusack, L. Pusey, *CEDAW And The Rights To Non-Discrimination And Equality*, Melbourne Journal of International Law, volume 14, 2013, pp. 10-12.

II.4.3. Implicațiile factorului cultural asupra egalității: standardul egalității transformativ¹

Articolul 5 din Convenție constituie reglementarea-cadru de la nivel internațional care evaluează modul în care prevederile culturale și consecințele acestora (manifestate prin tipare de gândire, tipare atitudinale și comportamentale) produc efecte asupra protecției juridice a drepturilor femeii.

Conținutul art. 5 este relevant pentru a sublinia două forme ale egalității promovate prin conținutul Convenției: (1) egalitatea transformativă și (2) egalitatea substanțială. Conform art. 5 lit. a): *Statele părți vor lua toate măsurile corespunzătoare pentru a modifica schemele și modelele de comportament social și cultural al bărbatului și femeii pentru a se ajunge la eliminarea prejudecăților și a practicilor cutumiare sau de altă natură care sunt bazate pe ideea de inferioritate sau superioritate a unui sex sau pe imaginea șablon privind rolul bărbatului sau al femeii.*

Formularea utilizată în partea de început a art. 5 – *statele părți vor lua toate măsurile corespunzătoare* – instituie o *obligație pozitivă* în sarcina statelor în privința asigurării nediscriminării femeilor prin intermediul modificării modelelor de gândire stereotipe, care contribuie la menținerea femeilor într-o stare de subordonare. În opinia noastră, relevanța conținutului art. 5 lit. a) rezidă în următoarele: (1) este recunoscut în mod expres în conținutul unui document juridic internațional că factorul cultural poate influența sfera protecției juridice a drepturilor femeilor; (2) cultura este evaluată în mod dinamic, precum un element care poate fi modificat; prin modificarea culturii sunt create premisele modificării schemelor atitudinale și comportamentale ale indivizilor care sunt contrare emancipării femeilor²; (3) textul Convenției are în vedere atât criteriul *sex* (fiind menționat în mod expres) cât și criteriul *gen* – fiind derivat din conținutul articolului prin introducerea factorului cultural care descrie rolul femeii în comunitate.

Ca limită a conținutului art. 5 identificăm *limbajul flexibil* care face dificilă posibilitatea de evaluare a obligației pozitive impuse în sarcina statelor³. Limbajul utilizat este, în opinia noastră, adecvat pentru enunțarea unor principii/aspirații urmărite prin intermediul Convenției, însă nu pentru prescrierea unei obligații juridice care necesită o formulare mult mai riguroasă. Luând în considerare acest aspect, doctrina⁴ a subliniat *dubla natură* a art. 5 prin raportare la conținutul Convenției: (1) de instrument de interpretare și orientare a Convenției (acționând aidoma unui principiu⁵ de drept) și (2) de prevedere de sine stătătoare. De asemenea, s-a apreciat că art. 5 poate fi utilizat ca instrument de interpretare a conținutului Convenției în sensul stabilit de art. 31 și 32 din Convenția de la Viena privitoare la dreptul

¹ Pentru detalii suplimentare asupra subiectului a se consulta M. B. Berna, *Raportul Dintre Gen Și Cultură Reflectat În Convenția Asupra Eliminării Tuturor Formelor De Discriminare Față De Femei. Implicații Asupra Dreptului European*, articol prezentat în cadrul Conferinței Internaționale Uniformizarea dreptului: efecte juridice și implicațiile sociale, politice și administrative și publicat în Volumul colectiv al Conferinței 2014, Ed. Hamangiu, Iași, pp. 613-621.

² În sensul *caracterului dinamic al culturii* se pronunță și Frances Raday, *Culture, Religion and Gender*, I. CON, Oxford University Press and New York School of Law, volume 1, number 4, 2003, pp. 663-715.

³ Pentru mai multe detalii, a se consulta, E. Sepper, *Confronting The „Sacred And Unchangeable”: The Obligation To Modify Cultural Patterns Under The Women’s Discrimination Treaty*, Journal of International Law, volume 30, issue 2, 2008, p. 592.

⁴ E. Sepper, *op. cit.*, p. 597.

⁵ A. Byrnes, în lucrarea *The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, in *Human Rights Of Women: International Instruments and Human Rights Experiences*, 2002, p. 12 include art. 5 din Convenția pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de Femei în secțiunea dedicată principiilor (art. 1-6) în timp ce art. 7-16 cuprind obligațiile impuse de Convenție.

tratatelor¹. Conform art. 31 alin. (1) din Convenția de la Viena, *un tratat trebuie să fie interpretat cu bună credință potrivit sensului obișnuit ce urmează a fi atribuit termenilor tratatului în contextul lor și în lumina obiectului și scopului lor*. În cazul Convenției pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de Femei, scopul constă în promovarea *egalității de facto între bărbați și femei* iar acesta din urmă poate fi realizat prin *egalitate formală* (tratarea bărbaților și femeilor în același mod prin adoptarea de norme legale pertinente), *egalitate substanțială* (acceptarea unor diferențe în tratamentul bărbaților și femeilor datorate subordonării istorice la care au fost supuse femeile de-a lungul timpului și/sau a particularităților lor fizice și biologice) și *egalitatea transformativă* (schimbarea tiparelor mentale ale indivizilor în privința relaționării dintre sexe/genuri). Deoarece dintre cele trei forme ale egalității ultima reprezintă forma cea mai avansată, presupunând și integrând primele două forme, egalitatea transformativă cuprinsă în art. 5 va fi utilizată ca instrument de interpretare și orientare a celorlalte prevederi din Convenție. În acest punct se validează ideea conform căreia art. 5 este un instrument de interpretare a prevederilor Convenției. În aceeași ordine de idei, art. 5 este o prevedere substanțială a Convenției, fiind necesară pentru a produce efectul de înlăturare concretă a practicilor cutumiară contrare drepturilor femeii; în acest sens, conținutul art. 5 este coroborat cu prevederile art. 2 lit. f)².

Articolul 5 lit. b) urmărește eliminarea stereotipizării funcției sociale a maternității din cadrul educației familiale. Scopul prevederilor art. 5 lit. b) este de a aplica prevederile generale ale art. 5 lit. a) la cazul particular al creșterii și educării copiilor care trebuie să fie înțelese ca responsabilitate comună a bărbaților și femeilor: *a asigura ca educația în familie să contribuie la o înțelegere clară a faptului că maternitatea este o funcție socială și recunoașterea responsabilității comune a bărbatului și femeii în creșterea și educarea copiilor și în asigurarea dezvoltării lor, ținând seama că interesul copilului este condiția primordială în toate cazurile*.

II.4.4. Analiza de conținut

În prezenta secțiune a lucrării noastre, vom analiza aspectele de conținut ale Convenției pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de Femei, luând în considerare inclusiv modul de organizare al articolelor.

Literatura de specialitate³ identifică următoarea structurare a conținutului Convenției: (1) *definirea discriminării împotriva femeilor* (art. 1), (2) *demersuri statale generale și specifice* (art. 2), (3) *drepturi civile și politice* [art. 2 lit. a) și b), 7, 8, 9, 15], (4) *discriminarea în funcție de criteriul sex* (art. 6), (5) *consolidarea juridică și legală a drepturilor femeilor* [art. 2 lit. c)], (6) *educație și sănătate* [art. 2, lit. d), 7, 10, 12], (7) *discriminare non-guvernamentală* [art. 2 lit. e), 11 și 13], (8) *discriminarea cutumiară* [art. 2 lit. f), 5, 10, 11, 16], (9) *îndepărtarea din legea penală a discriminării față de femei* [art. 2 litera g)], (10) *promovarea egalității și emancipării femeilor în toate domeniile* (art. 3), (11) *promovarea egalității de facto* (art. 4), (12) *abordarea inegalității sistematice* (art. 14).

¹ Încheiată la Viena, la 23 mai 1969; publicată în ediția oficială a Monitorului Oficial Tratatelor Internaționale, Volumul 4, p. 53.

² Conform art. 2 lit. f) din Convenția pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de Femei, *Statele părți condamnează discriminarea față de femei sub toate formele sale și convin să ducă prin toate mijloacele adecvate și fără întârziere o politică vizând să elimine discriminarea față de femei și în acest scop, se angajează: Să ia toate măsurile corespunzătoare, inclusiv prin dispozițiile legislative, pentru modificarea sau abrogarea oricărei legi, dispoziții, cutume sau practici care constituie o discriminare față de femei*.

³ J.L. Southard, *Protection of Women's Human Rights under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Pace International Law Review, volume 8, Issue 1, 1996, pp. 1-2.

O altă modalitate de sistematizare a conținutului Convenției propusă în doctrină¹ se referă la împărțirea conținutului în: prevederi directoare, al căror conținut programatic poate fi asemănat *principiilor* (secțiunea art. 1-6) și în prevederi care impun *obligații statelor părți* ale Convenției (secțiunea art. 7-16).

În analiza noastră vom opta pentru cea din urmă modalitate de structurare a conținutului Convenției întrucât aceasta prezintă avantajul *clarității și sistematizării*. Din cadrul primei clasificări vom reține aspectele privitoare la *discriminarea cutumiară, promovarea egalității de facto și promovarea egalității și emancipării femeilor în toate domeniile*. De asemenea, propunem ca și criteriu de sistematizare a conținutului Convenției *criteriul generației de drepturi în care se include respectiva prerogativă*, analizând în acest sens, drepturi civile și politice, drepturi economice, sociale și culturale și drepturi de solidaritate (în ultimul caz vom include studiul art. 14 referitor la influențele pe care mediul rural îl are asupra drepturilor femeilor din perspectiva inegalităților pe care le promovează). Menționăm că analiza conținutului Convenției se va referi la aspectele legate de prerogativele garantate femeilor astfel încât prevederile art. 17-30 privitoare la activitatea organismelor Convenției și la alte aspecte procedurale nu vor constitui obiectul studiului nostru.

Secțiunea principiilor (art. 1-6) stabilește regulile generale în materia egalității dintre bărbați și femei, de la definiția discriminării față de femei cuprinsă în art. 1 (asupra conținutului căreia ne-am oprit într-o secțiune anterioară a lucrării noastre) la principiul stabilit în art. 6 care interzice discriminarea femeilor în funcție de criteriul sex sub forma supunerii acestora la trafic, exploatare și prostituție. Apreciem ca incomplet conținutul art. 6 deoarece acesta nu cuprinde în sfera sa de reglementare aspecte conexe precum *violul* sau *agresiunile sexuale* produse sub o aparență de legalitate prin intermediul *căsătoriilor forțate* sau a *căsătoriilor timpurii*. Dacă în ultimele două cazuri enunțate agresiunile sexuale pot fi preîntâmpinate prin apel la prevederile art. 16 care instituie *dreptul femeii de a-și alege liber soțul și de a încheia căsătoria ca urmare a consimțământului său liber și deplin*, situația violului nu este abordată în nici un alt articol din Convenție. De asemenea, reținem că în cuprinsul Convenției nu există referințe privitoare la interzicerea violenței față de femei, indiferent de forma în care aceasta se prezintă. Articolul 5 – al cărui conținut a fost, de asemenea, analizat într-o secțiune anterioară a lucrării noastre – pune în legătură factorul cultural cu protecția juridică a drepturilor femeii, solicitând eliminarea comportamentelor și a schemelor de gândire stereotipe astfel încât să fie asigurată emanciparea femeilor iar maternitatea să nu fie interpretată precum apanajul responsabilității feminine. Conform opiniei de specialitate citată anterior, art. 5 interzice *discriminarea femeilor în funcție de criterii culturale* și promovează, prin conținutul său, standardul egalității *de facto* alături de art. 4.

În conținutul art. 4 sunt cuprinse *măsuri temporare speciale* menite să sprijine procesul egalității între bărbați și femei fără a avea drept consecință menținerea unor situații inegale sau nedrepte (măsurile de protecție a maternității nu pot fi considerate ca act de discriminare). Conform textului Convenției, măsurile speciale au caracter temporar, urmând a fi înlăturate în momentul în care au fost realizate obiectivele în materie de egalitate de șanse și de tratament. Comitetul pentru Eliminarea Discriminării față de Femei a explicat, în Recomandarea Generală nr. 25², că scopul măsurilor temporare speciale constă în atingerea egalității substanțiale între bărbați și femei, fără a constitui o excepție de la norma nediscriminării. Deși Comitetul acceptă că măsurile temporare speciale reprezintă o politică specifică statelor în cadrul cărora a existat în trecut discriminare față de femei, este subliniată ideea conform căreia *statele părți la Convenție au obligația să îmbunătățească poziția femeilor indiferent de dovezi cu privire la*

¹ A. Byrnes, *op. cit.*, p. 12.

² General recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures, paragraphs 18-24.

discriminări trecute. De asemenea, Comitetul atrage atenția asupra faptului că *trebuie să fie realizată o distincție între măsurile temporare speciale întreprinse în temeiul art. 4 par. 1 în scopul obținerii egalității de facto a femeilor și alte măsuri și politici adoptate pentru a îmbunătăți situația femeilor și a copiilor de gen feminin*. Comitetul atestă, cu titlu de exemplu, că prevederea unor condiții generale pentru a garanta drepturile economice, sociale, culturale, politice și civile ale femeilor și copiilor de gen feminin care au scopul de a asigura *demnitatea și nediscriminarea* nu sunt măsuri temporare speciale. Caracterul *temporar* al măsurilor nu implică, în mod necesar, aplicarea lor pe o perioadă restrânsă de timp deoarece, obiectivul asigurării egalității *de facto* între bărbați și femei necesită o aplicare îndelungată în timp. Caracterul *special* al măsurilor se referă la orientarea acestora spre un *scop specific* (atingerea egalității *de facto* între bărbați și femei). Deoarece art. 4 par. 1 sintetizează scopul Convenției – de a implementa *in concreto* egalitatea de fapt între genuri, Comitetul propune ca articolele cuprinse în secțiunea 7-16 să aplice măsurile speciale temporare cuprinse în art. 4.

Articolele 2 și 3 din Convenție se aseamănă prin implementarea standardului egalității între femei și bărbați în toate domeniile de activitate. Din punctul nostru de vedere, diferența de conținut între cele două articole rezidă în *modus operandi* avansat. Astfel, art. 3 instituie cu *titlu de principiu* obligația statelor părți la Convenție de a lua *toate măsurile corespunzătoare* pentru a asigura egalitatea în domeniile politic, social, economic și cultural. Pe de altă parte, art. 2 stabilește în sarcina statelor părți obligații specifice pentru eliminarea discriminării față de femei, *nominalizând, în mod expres, în lit. a)-g) următoarele*: (a) înscrierea egalității dintre bărbați și femei în constituțiile naționale și în alte dispoziții legislative relevante; (b) adoptarea de măsuri legislative și de altă natură – inclusiv sancționatorie – care să interzică discriminarea față de femei; (c) garantarea accesului egal al femeilor la instituțiile abilitate pentru tranșarea cauzelor de discriminare; (d) asigurarea conduitei instituțiilor publice conform cu principiul nediscriminării femeilor; (e) adoptarea de măsuri care să interzică discriminarea femeilor de către orice persoană fizică sau juridică; (f) modificarea pe orice cale a dispozițiilor legale sau cutumiere care conțin discriminări față de femei; (g) abrogarea dispozițiilor penale care conțin discriminări față de femei.

Drepturile civile și politice și drepturile economice, sociale și culturale nu sunt reunite în secțiuni distincte, fiind inserate în mod aleatoriu în conținutul Convenției. Drepturile politice și civile sunt stabilite în legătură cu: (1) reprezentativitatea femeilor în cadrul forumurilor decizionale (publice, politice, guvernamentale) – art. 7 și 8, (2) în legătură cu accesul la instanțele de judecată și la egalitatea în fața legii – art. 15, sau (3) în legătură cu cetățenia – art. 9. Drepturile economice, sociale și culturale sunt evidențiate în domeniul educației – art. 10, muncii – art. 11, în domeniul sănătății, – art. 12, în domeniul familial – art. 16.

Articolul 7 instituie obligativitatea statelor de a elimina discriminarea dintre femei și bărbați în viața politică și publică, prin garantarea, în condiții de egalitate, în favoarea femeilor, a dreptului la vot, a dreptului de participare în elaborarea și aplicarea politicilor statului, a dreptului de implicare în activitatea organizațiilor non-guvernamentale. Articolul 8 urmărește acordarea în favoarea femeilor a dreptului la reprezentativitate a statului în relațiile internaționale, extinzând domeniul de acțiune al art. 7 care se referea la promovarea egalității în lăuntrul afacerilor publice interne. Prevederile art. 9 care permit femeii drepturi egale în privința dobândirii, păstrării și schimbării propriei cetățenii și în privința cetățeniei copiilor născuți din căsătorie, independent de cetățenia soțului, au vocația de a elimina discriminările transmise pe filieră culturală și menținute în anumite legislații în temeiul căroră, femeia căsătorită și copiii rezultați din căsătorie vor avea cetățenia soțului. În Republica Gaboneză, există cutuma susținută prin mijloace legale în temeiul căreia femeia căsătorită cu un străin este obligată să renunțe la propria cetățenie¹. Egalitatea în fața legii enunțată de art. 15 este

¹ Pentru mai multe detalii, a se consulta K. Tomasevski, *Women and Human Rights*, Zed Books, Michigan University, 1993, pp. 33-34.

prezentată în diferite dimensiuni: (1) capacități civile egale ale femeilor și bărbaților, manifestate în toate procedurile judiciare, în special în materia încheierii contractelor și administrării de bunuri; (2) calificarea ca *nul și neavenit* a oricărui act juridic prin care se limitează capacitatea juridică a femeilor; (3) drepturi egale între bărbați și femei în privința circulației și a alegerii locuinței.

În materia drepturilor economice, sociale și culturale, conținutul art. 10 și 11 se determină reciproc întrucât, asigurarea egalității între bărbați și femei în educație și formare, în privința orientării profesionale și în privința accesului la studii (art. 10 din Convenție) va determina, în mod implicit, premisele egalității în muncă între bărbați și femei inclusiv în privința liberei alegeri a locului de muncă, în privința remunerației, a posibilităților de angajare și de promovare (art. 11 din Convenție). Remarcăm că ambele articole stabilesc ipoteza secundă a nediscriminării în funcție de faptul maternității. În reglementarea dreptului la educație, discriminarea în funcție de faptul maternității nu este abordată *stricto sensu* însă, aceasta poate fi dedusă din unele mențiuni: reducerea procentului de fete și femei care părăsesc școala înainte de terminarea studiilor (în fapt, maternitatea este una dintre principalele cauze care determină abandonul școlar în rândul elevelor/studentelor) sau lipsa educației în privința planificării familiale. Articolul 11 alin. (2) cuprinde măsuri specifice destinate eliminării discriminării feminine în funcție de faptul căsătoriei și/sau în funcție de faptul maternității, interzicând în mod expres sancțiuni sau concedieri în funcție de starea de graviditate, maternitate sau de statutul marital. Egalitatea în sfera privată este susținută, din punctul nostru de vedere, inclusiv prin prevederile art. 16 care menționează egalitatea între femei și bărbați în domeniul familial. Ca aplicații ale egalității susținută în art. 16, identificăm: egalitatea între soți la încheierea căsătoriei, pe parcursul căsătoriei și la desfacerea căsătoriei, egalitatea între soți în privința responsabilităților față de copii, egalitatea în privința planificării familiale sau în materia stabilirii numelui de familie sau al alegerii unei profesii sau ocupații, ș.a.

Articolul 12 stabilește *dreptul femeilor la sănătate* în două dimensiuni: (1) accesul, în condiții de egalitate cu bărbații, la servicii medicale și de planificare familială; (2) servicii medicale în favoarea femeilor în timpul gravidității, la naștere și ulterior nașterii. Observăm, în formularea utilizată în art. 12, că nu există mențiuni referitoare la *drepturi reproductive sau la dreptul la avort*¹ care ar contribui, din punctul nostru de vedere, la realizarea emancipării feminine – ca scop declarat al Convenției.

Conținutul art. 13 se referă la egalitatea în drepturi între bărbați și femei în domenii particulare ale vieții economice și sociale precum *dreptul la prestații familiale, orice formă de credit financiar și activități recreative, sport și participarea la alte aspecte ale vieții culturale*. Suntem de părere că primele două prevederi sunt o consecință a egalității în capacitate civilă între bărbați și femei stipulată în art. 15 din Convenție.

Articolul 14 reprezintă, în opinia noastră un drept specific, care nu poate fi inclus în primele două generații de drepturi. Deoarece conținutul art. 14 are ca scop studierea atât a modului în care mediul rural influențează prerogativele femeilor cât și a *oportunităților de dezvoltare specifice femeilor din mediul rural*, am decis includerea dreptului stipulat în art. 14 în categoria *drepturilor de generația a treia*. Argumentul esențial în funcție de care procedăm la această clasificare teoretică constă în faptul că spre deosebire de celelalte articole ale Convenției, art. 14 își propune, în cele două paragrafe ale sale, *dezvoltarea nivelului de trai al femeilor din mediul rural* prin: (1) evaluarea problemelor specifice femeilor din mediul rural și luarea măsurilor necesare pentru aplicarea Convenției în favoarea femeilor din mediul rural (par. 1) și (2) adoptarea, de către statele părți, a măsurilor adecvate pentru eliminarea

¹ Pentru comentarii suplimentare asupra drepturilor sexuale și reproductive ale femeilor, a se consulta B. Stark, *The Women's Convention, Reproductive Rights, and the Reproduction of Gender*, Duke Journal Of Gender Law And Policy, volume 18, issue 2011, pp. 261-304.

discriminărilor față de femeile din mediul rural și pentru asigurarea participării femeilor la dezvoltarea rurală și la avantajele acestei dezvoltări. Din cele expuse anterior, rezultă atât complexitatea dreptului cuprins în art. 14 din Convenție cât și argumentele necesare pentru evaluarea dreptului respectiv ca o *categorie particulară a dreptului la dezvoltare*¹, fiind posibilă includerea sa în categoria drepturilor din a treia generație.

Conținutul Convenției pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de Femei este *complet* – deoarece garantează drepturi din toate cele trei generații și *complex* – întrucât acoperă toate categoriile de măsuri – fie acestea temporare și speciale, legislative sau administrative, măsuri care sunt necesare pentru emanciparea femeilor și asigurarea egalității. În al doilea rând, o *posibilă critică* poate fi formulată cu privire la *modul de exprimare al conținutului articolelor Convenției în garantarea egalității*. Astfel, în conținutul unor articole observăm formulări precum: *asigurarea drepturilor egale cu cele ale bărbaților* (art. 9, 10) sau *în condiții de egalitate cu bărbații* (art. 7, 8), *pe baza egalității cu bărbații* (art. 3). Aceste formulări au ca rezultat stabilirea experiențelor masculine ca referențiar al comparației și impunerea, în sarcina femeilor, a obligației de a adopta un comportament similar cu cel al bărbaților. Din punctul nostru de vedere, această abordare este specifică *egalității formale* care se exprimă prin aplicarea aceluiași tratament bărbaților și femeilor, fără a lua în considerare diferențele dintre genuri care decurg din construcția bio-fizică. De asemenea, reținem că formulările specifice egalității formale nu sunt utilizate în conținutul articolelor care reglementează scopul Convenției – acela de a promova emanciparea femeilor și egalitatea *de facto* între genuri (*exempli gratia* art. 4, art. 5 sau art. 1).

II.4.5. Standardele egalității în cazuistica Comitetului pentru Eliminarea Discriminării față de Femei

În prezenta secțiune a lucrării noastre vom analiza modul în care Comitetul pentru Eliminarea Discriminării față de Femei supraveghează aplicarea drepturilor conținute în cuprinsul Convenției. În secțiunea anterioară a lucrării noastre, am menționat în mod expres că nu vom extinde analiza noastră la secțiunea cuprinsă între art. 17-30 dat fiind faptul că aceasta din urmă cuprinde informații tehnice asupra funcționării mecanismelor cu atribuții în supravegherea respectării conținutului Convenției. Instituirea Comitetului pentru Eliminarea Discriminării față de Femei are relevanță pentru procesul de aplicare al Convenției deoarece acesta asigură că exercițiul drepturilor garantate de conținutul Convenției nu va fi arbitrar. Deși opiniile emise de Comitet în cauzele în care acesta intervine nu au forță juridică obligatorie, efectul lor poate fi observat pe două paliere: (1) interpretarea prevederilor neclare ale Convenției și (2) stabilirea modului corect de aplicare a prevederilor Convenției. În aceeași ordine de idei, adoptarea Protocolului Opțional la Convenția pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de Femei² a consolidat poziția Comitetului care poate fi sesizat prin comunicări – individuale sau de grup – în ipoteza încălcării drepturilor din Convenție iar

¹ Pentru detalii suplimentare asupra conținutului art. 14 din Convenția pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de Femei, a se consulta L.R. Pruitt, *Deconstructing CEDAW's article 14: Naming and Explaining Rural Differences*, William and Mary Journal of Women and the Law, volume 17, issue 2, 2011, pp. 347-394.

² Protocolul Opțional a fost adoptat pe data de 6 octombrie 1999 de Adunarea Generală a ONU. Protocolul instituie două proceduri diferite al căror scop constă în asigurarea aplicării în practică a drepturilor Convenției: *procedura comunicărilor* (în ipoteza încălcării drepturilor conținute în Convenție față de o persoană privată sau față de un grup de persoane) și *procedura investigării încălcărilor grave sau sistematice* (în ipoteza violării drepturilor garantate prin Convenție de către un stat parte). Protocolul Opțional a intrat în vigoare la data de 22 decembrie 2000.

acesta poate recomanda (sub condiția îndeplinirii cerințelor de admisibilitate ale comunicării¹ și dacă apreciază că statul parte împotriva căruia a fost formulată comunicarea este în culpă) redresarea situației conflictuale. În acest sens, Comitetul poate recomanda atât remedii care privesc victima individual cât și remedii structurale, care privesc schimbări în cadrul statelor la nivel sistemic pentru prevenirea încălcării drepturilor femeii.

Cauza *A.T. împotriva Ungariei*² aduce în discuție situația violenței domestice a autoarei comunicării care a fost supusă abuzurilor fizice din partea partenerului ei. Situația de fapt a speței poate fi rezumată astfel: A.T. a fost supusă timp de 4 ani abuzurilor fizice de către partenerul ei; femeia a demarat procedurile civile și penale împotriva agresorului însă, cu toate acestea, nu a reușit să îl îndepărteze din locuința de familie și nici nu a obținut refugiu față de agresor. De asemenea, nu a fost obținut un ordin de protecție din cauza lipsei resurselor instituționale și procedurale din statul de proveniență. În cauza menționată, pentru prima dată, Comitetul pentru Eliminarea Discriminării față de Femei, a interpretat dispozițiile art. 2 lit. a), b), e) din Convenție ca incluzând, în scopul lor de aplicare, *violența împotriva femeilor*. Reiterăm că violența împotriva femeilor nu este un fapt reglementat în mod expres în conținutul Convenției – ceea ce poate determina ca în practică să nu existe un fundament legal pentru a invoca *dreptul femeii de a fi liberă de violență*. Pentru a remedia această limită a Convenției, Comitetul a emis Recomandarea Generală nr. 19³ care clarifică conținutul art. 1 în care este definită discriminarea împotriva femeilor. În par. 6 al Recomandării Generale nr. 19, Comitetul expune: *definiția discriminării include violența bazată pe gen semnificând violența îndreptată împotriva femeilor pentru simplu fapt de a fi femeie sau violența care afectează femeile în mod disproportionat. Violența împotriva femeilor include acte care determină un rău sau o suferință fizică, mentală sau sexuală precum și amenințările cu asemenea acte, constrângerea și alte privări de libertate. Violența de gen poate înfrânge anumite prevederi specifice ale Convenției, indiferent dacă aceste prevederi menționează în mod expres violența.*

Din expunerea Comitetului reținem că violența împotriva femeilor, deși nu este un act expres interzis prin prevederile Convenției, trebuie să fie înțeleasă ca o formă specifică de discriminare. În virtutea acestui fapt, violența împotriva femeilor trebuie să fie avută în vedere în interpretarea fiecărui drept conținut în Convenție, indiferent dacă dreptul respectiv menționează sau nu actele de violență. Fiind un act discriminatoriu, violența de gen înfrânge scopul Convenției și trebuie să fie eradicată. În par. 9 al Recomandării Generale nr. 19, Comitetul indică persoanele care pot comite acte de violență asupra femeilor, arătând că interdicția violenței asupra femeilor nu se referă doar la acțiunea guvernanților ci și la acțiunile persoanelor private – fie acestea individuale, organizații sau întreprinderi. Mai mult, Comitetul invocă principiul *due diligence* (*diligența necesară*) pentru a sublinia că statele pot fi responsabile pentru comiterea actelor de violență împotriva femeilor dacă nu acționează în

¹ Pentru admisibilitate, comunicarea trebuie să se refere la un drept protejat prin Convenție (*ratione materiae*), comunicarea trebuie să se refere la o încălcare a drepturilor stabilite prin Convenție care să se producă la data intrării în vigoare a Protocolului sau ulterior intrării sale în vigoare (*ratione temporis*), comunicarea trebuie să epuizeze căile interne de recurs. Dacă se constată îndeplinirea criteriilor de admisibilitate, Comitetul va proceda la evaluarea culpabilității statului reclamat și va transmite o poziție atât statului cât și persoanei/grupului de persoane care a inițiat comunicarea. Comitetul va recomanda modalități de redresare a situației iar recomandările Comitetului, deși nu au putere constrângătoare, se bucură de autoritate. Statul vizat are obligația de a transmite, în termen de 6 luni, un raport care să cuprindă inițiativele realizate pentru a se conforma poziției exprimate de Comitet. Acesta din urmă poate monitoriza progresele realizate de stat în domeniu.

² Case *AT vs. Hungary*, Communication no. 2/2003, UN Doc CEDAW/C/36/D/2/2003. Pentru detalii suplimentare, a se consulta A. Nguyen, *Through the Eyes of Women? The Jurisprudence of the CEDAW Committee*, The University Of Australia, Outskirts Online Journal, Volume 30, 2014, p. 4.

³ General recommendation No. 19, on violence against women, paragraph 6, 9.

mod prudent – pentru a preveni încălcarea de drepturi sau pentru a investiga sau pedepsi actele de violență și pentru a oferi compensații victimei. Principiul *due diligence* a fost dezvoltat pentru prima dată în jurisprudența Curții Inter-Americane a Drepturilor Omului și susține că responsabilitatea statului constă în abordarea cazurilor de violență cu diligența necesară astfel încât să fie prevenită producerea lor iar, în cazul în care actele de violență s-au produs, autoritățile statale trebuie să asume un rol activ în investigarea și soluționarea cazului.

Comitetul a adoptat o perspectivă progresivă în privința protecției drepturilor reproductive ale femeilor. În cauza *L.C împotriva Peru*¹, Comitetul a pus în legătură *dreptul femeilor la sănătate* stabilit în art. 12 din Convenție cu *dreptul la avort în interes terapeutic*. Starea de fapt în speță se prezintă astfel: L.C este o minoră în vârstă de 11 ani care a fost abuzată sexual în repetate rânduri de un bărbat în vârstă de 34 de ani iar ca rezultat al abuzurilor sexuale, L.C a rămas însărcinată la vârsta de 13 ani. Fiind într-o stare depresivă majoră în urma descoperirii sarcinii, L.C a încercat să se sinucidă aruncându-se de pe o clădire. L.C a fost transportată la spital unde medicii au recomandat realizarea unei intervenții medicale de urgență pentru alinierea coloanei. După ce au aflat de starea de graviditate a pacientei, medicii au refuzat realizarea operației; de asemenea, medicii au refuzat să procedeze la avort deși conform legislației statului Peru avortul este legal dacă sarcina pune în pericol viața și sănătatea mamei. L.C a fost nevoită să păstreze sarcina deși avortul a fost în mod expres solicitat cadrelor medicale. Din cauza stării de sănătate precară, L.C a pierdut sarcina iar operația efectuată tardiv (la un interval de timp de 3 luni și jumătate de la data la care a fost recomandată) nu a ameliorat starea de sănătatea a lui L.C – femeia rămânând paralizată.

Analizând situația de fapt, Comitetul a reținut culpa statului Peru în aplicarea prevederilor Convenției, subliniind că *refuzul personalului medical de a efectua avortul în scop terapeutic, prioritizarea vieții fătului în comparație cu viața mamei, aplicarea stereotipurilor de gen în temeiul cărora maternitatea constituie vocația esențială din viața oricărei femei constituie acte de discriminare în funcție de gen*. Comitetul a observat încălcarea dreptului la sănătate al victimei sub forma neasigurării accesului la serviciile medicale legale. Dreptul de a avea acces la servicii medicale legale este explicat de Comitet în modul următor: *este necesar să fie stabilit cadrul legal înăuntrul căruia femeile pot exercita dreptul la avort terapeutic iar cadrele medicale solicitate pentru realizarea acestei proceduri trebuie să beneficieze de securitatea legală necesară*. În cazul dat, existau premisele legale pentru ca L.C să își exercite dreptul de a solicita avortul terapeutic și pentru ca personalul medical să asigure punerea în aplicare a acestui drept însă, prin aplicarea schemelor de gândire patriarhală, personalul medical a refuzat pacientei exercitarea dreptului său legal, apreciind maternitatea în detrimentul sănătății victimei. Comitetul a recomandat statului Peru revizuirea legislației naționale în materia avorturilor cu scopul de a fi implementate *in concreto* prevederi care să permită femeilor solicitarea avortului terapeutic în condițiile în care sarcina pune în pericol starea de sănătate a mamei. Faptul că sarcina lui L.C provine dintr-un abuz sexual (viol) a fost luat în considerare de Comite – acesta fiind primul organism internațional care a solicitat scoaterea în afara ilicitului penal a avortului săvârșit pentru a pune capăt unei sarcini rezultate din viol sau din alte forme de abuz sexual.

În cauza *A.S împotriva Ungariei*² este evidențiată o formă de discriminare intersecțională care reunește discriminarea femeilor în temeiul a două criterii: *rasa și genul*. Discriminarea

¹ Case *L.C vs. Peru*, Communication no. 22/2009, UN Doc, CEDAW/C/50/D/22/2009. Pentru detalii suplimentare, a se consulta A. Nguyen, *op. cit.*, pp. 8-9; S. Cusack, L. Pusey, *CEDAW And the Rights To Non-discrimination and Equality*, Melbourne Journal Of International Law, Volume 14, 2013, p. 17.

² Case *A.S vs. Hungary*, Communication No. 4/2004, UN Doc, CEDAW/C/36/D/4/2004. Pentru detalii suplimentare, a se consulta S. Cusack, L. Pusey, *op. cit.*, p. 19.

intersecțională¹ are la bază discriminarea multiplă – realizată în funcție de mai multe criterii discriminatorii însă, spre deosebire de discriminarea multiplă, discriminarea intersecțională se referă la observarea efectului practic generat de aplicarea simultană și interrelaționată a acestor criterii discriminatorii. În fapt, speța se referă la următoarele: A.S – o femeie de etnie romă, a fost adusă la spital pentru o operație cezariană de urgență în vederea îndepărtării fătului mort; pe masa de operație, personalul medical i-a solicitat lui A.S să semneze un formular prin care femeia încuviința să fie supusă la o procedură de sterilizare. Autoarea comunicării susține că personalul medical a acționat împotriva voinței sale, încălcându-i drepturile din Convenție. Situația de fapt a speței determină, în plan juridic, următoarele probleme legale: (1) încălcarea dreptului la sănătate al lui A.S – art. 12, (2) încălcarea dreptului de a decide liber și în cunoștință de cauză asupra numărului de nașteri și al planificării nașterilor – art. 16 lit. e), (3) încălcarea dreptului de a avea acces la informații specifice de ordin educativ inclusiv în materia planificării familiale – art. 10 lit. h). În evaluarea cauzei *A.S împotriva Ungariei*, Comitetul a stabilit că dreptul la sănătate cuprinde și dreptul pacientului de a lua decizii în urma informării prealabile corecte. Astfel, în interpretarea Comitetului, dreptul prevăzut în art. 10 lit. h) trebuie să fie extins la a furniza pacientului informații referitoare la planificarea familială într-un mod potrivit înțelegerii sale. Dreptul la sănătate a fost explicat de Comitet în Recomandarea Generală nr. 24² iar în par. 20 este subliniată dimensiunea *informării adecvate a femeilor în privința stării lor de sănătate: femeile au dreptul să fie informate complet de personalul pregătit în mod corespunzător asupra opțiunilor pe care le au în privința unui tratament sau studiu clinic, incluzând beneficiile și efectele adverse ale procedurilor propuse și alternativele disponibile*. În aceeași ordine de idei, dispozițiile cuprinse în par. 22 și 23 stabilesc *obligația statelor de a nu permite forme de constrângere precum sterilizarea non-consensuală* (par. 22) și *obligația statelor părți de a menționa măsurile adoptate pentru a asigura servicii relaționate cu planificarea familială în particular și cu sănătatea sexuală și reproductivă în general* (par. 23). Comitetul a reținut că sterilizarea forțată este o realitate socială discriminatorie care afectează în mod disproporționat femeile aparținătoare la unu grup etnic minoritar (în cazul dat, autoarea comunicării aparține minorității rome) iar conduita personalului medical care a acționat în speță atestă culpabilitatea Ungariei în încălcarea drepturilor cuprinse în art. 12, art. 10 și art. 16. Comitetul a subliniat lipsa consimțământului informat al victimei, evidențiind pe această cale cele 4 elemente componente ale *consimțământului informat*: (1) *accesul la informații și consiliere*; (2) *informarea asupra alternativelor, riscurilor și beneficiilor*; (3) *abilitatea pacientului de a evalua informația*; (4) *exprimarea consimțământului de către pacient în mod liber*³.

În cauza *Kayhan împotriva Turciei*⁴, discriminarea intersecțională aduce în discuție *criteriul gen și criteriul cultural* – acesta din urmă fiind înțeles *lato sensu* ca incluzând aspectele de ordin religios. Situația de fapt se referă la concedierea profesoarei Kayhan de la instituția liceală de stat în care preda pentru portul vălului islamic. Comitetul a respins ca inadmisibilă comunicarea doamnei Kayhan argumentând că autoarea nu a demonstrat elementele discriminării în funcție de sex în cadrul procedurilor interne. Motivația invocată în fața instanțelor naționale de către doamna Kayhan se referea la înfrângerea dreptului la muncă, la

¹ Pentru comentarii suplimentare asupra analizei discriminării intersecționale în cazuistica Comitetului, a se consulta A. Nguyen, *op. cit.*, pp. 7-8; 9-11.

² CEDAW General Recommendation No. 24: Article 12 of the Convention (Women and Health), adopted at the Twentieth Session of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, in 1999, paragraph 20.

³ A. Nguyen, *op. cit.*, p. 7.

⁴ Case *Kayhan vs. Turkey*, Communication no. 8/2003, UN Doc, CEDAW/C/34/D/8/2005. Pentru detalii suplimentare, a se consulta A. Nguyen, *op. cit.*, p. 10, p. 12.

religie și conștiință precum și a dreptului la bunăstare fizică și spirituală. Literatura de specialitate¹ a criticat soluția Comitetului de a respinge cauza, subliniind că adeseori, discriminarea intersecțională la care sunt supuse femeile este dificil de încadrat într-un singur criteriu discriminatoriu (*gen sau cultură*). Respingerea cauzei produce efectul desconsiderării gravității discriminării intersecționale și a multiplelor categorii de drepturi ale femeilor care sunt încălcate. Suntem de acord cu această opinie. Deoarece rolul Comitetului este acela de a interpreta prevederile Convenției și de a orienta aplicarea prevederilor Convenției în scopul asigurării egalității *de facto*, prin respingerea comunicării ca inadmisibilă, Comitetul nu și-a îndeplinit vocația și a contribuit la menținerea climatului discriminatoriu împotriva femeilor. Apartenența autoarei comunicării la religia islamică nu determină *de plano*, eliminarea barierelor pe care le întâmpină populația feminină. Dimpotrivă, categoria femeilor aparținătoare la comunități culturale este dezavantajată din două puncte de vedere: (1) deoarece în cadrul comunității de apartenență, drepturile culturale ale comunității – ca și drepturi colective primează asupra drepturilor femeii ca și individ-membru al comunității; în nenumărate cazuri, drepturile femeilor sunt subordonate practicilor culturale dăunătoare; (2) deoarece în cadrul comunității majoritare, femeile aparținătoare la comunitățile culturale minoritare sunt supuse unei duble discriminări: în calitate de femei și în calitate de membre ale comunității de minoritare.

Cauza *Muñoz-Vargas y Sainz de Vicuña împotriva Spaniei*² se referă la o situație de fapt și de drept aparte în cazuistica Comitetului. Deschiderea succesiunii contelui de Bulnes și prevederile *Decretului stabilind ordinea de succesiune pentru titlurile nobiliare*-care permiteau dobândirea titlurilor nobiliare de către moștenitorii de gen feminin doar în ipoteza în care aceștia erau cei dintâi născuți și nu aveau frați de gen masculin – au determinat autoarea *Muñoz-Vargas y Sainz de Vicuña* să formuleze o comunicare prin care să conteste moștenirea titlului nobiliar de către fratele său mai mic. Autoarea era prima născută a defunctului însă aceasta a fost îndepărtată de la succesiune în temeiul principiului primogeniturii masculine instituit prin prevederile Decretului în vigoare la data dezbaterii succesiunii. Autoarea a argumentat încălcarea principiilor egalității și nediscriminării în funcție de gen precum și neconstituționalitatea prevederilor Decretului instituind regula primogeniturii masculine. Comunicarea a fost respinsă de majoritatea membrilor Comitetului din două motive: (1) inadmisibilitatea comunicării prin neîndeplinirea criteriului *ratione temporis* – deoarece faptele evocate de autoarea comunicării se petrec înainte de adoptarea Convenției pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de Femei și înainte de intrarea în vigoare a Protocolului Opțional; (2) inadmisibilitatea comunicării prin neîndeplinirea criteriului *ratione materiae* deoarece dreptul invocat de autoare – acela de a dobândi prin succesiune un titlu nobiliar – nu face parte din sfera prerogativelor protejate prin Convenție. Față de inadmisibilitatea cererii în temeiul criteriului *ratione materiae* există o opinie separată susținută de Dairiam – membră a Comitetului care a subliniat încălcarea principiilor egalității și nediscriminării în speța dată și, în special, încălcarea prevederilor art. 5 lit. a) – al cărui scop constă în eliminarea discriminării femeilor promovată pe calea practicilor cutumiare. Opinia majoritară care a respins comunicarea autoarei se sprijină, în principal, pe *argumentul ratione materiae* care poate fi explicat după cum urmează: Convenția urmărește protecția drepturilor și libertăților fundamentale ale femeilor iar dreptul de a dobândi un titlu nobiliar nu se

¹ F. Alda, *The OP-CEDAW as a Mechanism for Implementing Women's Human Rights: An Analysis of the First Five Cases Under the Communications Procedure of the OP-CEDAW*, Occasional Papers Series No 12, 2008, International Women's Rights Action Watch Asia Pacific, p. 42.

² Case *Muñoz Vargas Y Sainz de Vicuña vs. Spain*, UN Doc, CEDAW/C/39/D/7/2005. Pentru detalii suplimentare a se consulta și S. Cusack, L. Pusey, *op. cit.*, pp. 25-27.

încadrează în acest obiectiv; de asemenea, art. 1 din Convenție care enunță scopul urmărit – acela de a elimina discriminarea care are drept efect sau scop să compromită sau să anihileze recunoașterea, beneficiul și exercitarea de către femei (...) a drepturilor și libertăților fundamentale (...). – nu se referă și la dreptul de a accepta un titlu nobiliar deoarece acesta din urmă constituie o prerogativă simbolică și onorifică, fără incidente practice sau materiale pentru autoare.

În sens contrar, membra comitetului Dairiam a susținut că pretențiile autoarei trebuie să fie înțelese în modul în care există discriminare formală, în temeiul prevederilor legale atât timp cât bărbații sunt preferați în detrimentul femeilor pentru acordarea titlurilor și privilegiilor. Prin reglementarea principiului primogeniturii masculine în cuprinsul Decretului spaniol, sunt menținute stereotipurile de gen precum și ideea subordonării genului feminin, fiind încălcate prevederile art. 5 lit. a) din Convenție. În consecință, opinia separată susține că în comunicarea formulată de autoare, drepturile femeii au fost încălcate prin menținerea tiparelor comportamentale patriarhale prin intermediul reglementărilor legale spaniole. Mai mult, opinia majoritară a membrilor Comitetului nu a evaluat art. 1 din Convenție în spiritul său ci doar având în vedere litera sa. În opinia lui Dairiam, între obligațiile esențiale ale statelor părți enunțate în art. 2 lit. a) și b) din Convenție se numără două măsuri esențiale pentru garantarea egalității între genuri: (1) obligația de a înscrie principiul egalității între genuri în Constituție și în alte dispoziții legale și (2) obligația de a adopta măsuri legislative și de sancționare prin care să fie interzisă discriminarea între bărbați și femei. În speța dată, statul spaniol a tolerat dispozițiile legale care contravin principiului egalității între bărbați și femei, contribuind prin aceasta la menținerea femeilor într-o stare de subordonare.

Suntem de acord cu opinia separată expusă de Dairiam în speța *Muñoz-Vargas y Sainz de Vicuña împotriva Spaniei*. Dreptul la nediscriminare stabilit în art. 1 din Convenție este un drept autonom a cărui invocare nu este limitată la raportarea la alte drepturi cuprinse în Convenție. Apreciem că această concluzie rezultă din interpretarea extensivă a prevederilor art. 1 în sensul în care femeile sunt abilitate să sesizeze prin comunicările înaintate Comitetului orice discriminare care le afectează drepturile în domeniile politic, economic, social, cultural și civil sau în orice alt domeniu. Interpretarea extensivă avansată este în acord cu scopul Convenției de a atinge egalitatea de facto între femei și bărbați.

II.4.6. Critica asupra eficienței Convenției: situația rezervelor

Progresul adus de Convenția pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de Femei prin urmărirea implementării egalității de facto între bărbați și femei în toate domeniile de activitate este limitat de rezervele formulate de statele care au ratificat Convenția. Literatura de specialitate¹ a subliniat că potrivit statisticilor, la sfârșitul anului 2010, 52 de state au formulat rezerve la prevederi substanțiale ale Convenției în timp ce 134 de state au ratificat Convenția în absența formulării oricăror rezerve². Cercetarea textului Convenției ne duce la

¹ A. Byrnes, M. Freeman, *The Impact Of The CEDAW Convention: Paths To Equality*, World Development Report, Gender Equality And Development, Background Paper, 2012, p. 11. Asupra rezervelor formulate la Convenția pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de Femei în contextul studierii particularităților Convenției s-au pronunțat și alte opinii doctrinare – *exempli gratia* Directorate-General For Internal Policies, Policy Department Citizens' Rights And Constitutional Affairs, *How could the Convention On The Elimination Of All Forms Of Discrimination Against Women (CEDAW) be implemented in the EU legal framework*, 2011, pp. 1-19.

² În lucrarea întocmită de A. Akstinienė, *Reservations To Human Rights Treaties: Problematic Aspects Related To Gender Issues*, Jurisprudence Review, 2013, Volume 20, Issue 2, pp. 451-468, atrage atenția asupra faptului general conform căruia rezervele formulate față de prevederile tratatelor în materia drepturilor

concluzia potrivit căreia există un singur art. 28 care reglementează statutul rezervelor, fără a indica modul concret de formulare a rezervelor din partea statelor interesate.

În trei alineate, art. 28 menționează posibilitatea de comunicare a rezervelor formulate de statele părți la textul Convenției, neacceptarea unei rezerve care este incompatibilă cu *obiectul și scopul* Convenției și posibilitatea de retragere a rezervei în orice moment pe calea unei notificări prezentate Secretarului General al Organizației Națiunilor Unite. În completarea prevederilor art. 28 din Convenția pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de Femei, amintim secțiunea a 2-a, art. 19-23 din Convenția de la Viena cu privire la dreptul tratatelor care reprezintă dreptul comun în materia formulării de rezerve la un tratat internațional. Articolul 28 este laconic, preluând din Convenția de la Viena doar prevederea referitoare la neacceptarea rezervei incompatibilă cu scopul și obiectul convenției, lăsând neabordate aspecte referitoare la *efectele juridice ale rezervelor și ale obiecțiunilor la rezerve* a căror importanță nu poate fi negată¹. Este demn de menționat că spre deosebire de textul Convenției pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de Femei care permite în mod expres realizarea de rezerve în temeiul art. 28, Protocolul Opțional la Convenție admite doar *clauza de opt-out* exprimată în art. 10².

Studiind rezervele formulate la Convenția pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de Femei, doctrina³ a observat numărul mare de rezerve formulate de statele islamice și adresate, în special, art. 16 – eliminarea discriminării în relațiile de căsătorie și în relațiile de familie, art. 2 – eliminarea discriminării față de femei sub toate formele sale, art. 9 – drepturi egale în materie de cetățenie și art. 15 – egalitatea în fața legii. Egiptul – ca și Irakul, au formulat rezerve la art. 2, 9 și 16, Iordania a formulat rezerve la art. 9, 15, 16 Malawi și Tunisia au formulat rezerve față de art. 2 și, în plus, Tunisia, a menționat alte rezerve la art. 9 și 16. Statele menționate au argumentat formularea de rezerve la articolele enumerate anterior pe considerente culturale și religioase, subliniind că prevederile din Convenție față de care au formulat rezerve nu sunt compatibile cu Legea Sharia întemeiată pe Coran și Sunna. De asemenea, statele autoare ale rezervelor au declarat că nu își asumă obligația de a respecta

omului sunt argumentate de statele autoare în temeiul considerentelor religioase și culturale. Numărul mare de rezerve formulat față de prevederile în materia drepturilor omului determină reducerea gradului de protecție oferit de normele față de care s-au formulat rezerve. În acest context se produc încălcările drepturilor omului în temeiul factorului cultural. Convenția pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de Femei cunoaște cel mai mare număr de rezerve formulate față de prevederile substanțiale. Consecința principală a rezervelor respective constă în faptul că statele autoare nu vor implementa standardele egalității în legislațiile lor naționale. După cum amintește autoarea, în 1998, Comitetul a adoptat o Declarație asupra rezervelor care afectează eficacitatea Convenției, menționând că rezerva constituie expresia voinței statului de a nu se conforma unei norme impuse în domeniul drepturilor omului. La 7 ianuarie 2020, 189 state erau părți la Convenție, iar alte două o semnaseră.

¹ Conform art. 21 din Convenția de la Viena privitoare la dreptul tratatelor: 1. *O rezervă stabilită față de o altă parte, în conformitate cu art. 19, 20 și 23: a) modifică pentru statul autor al rezervei în relațiile sale cu cealaltă parte dispozițiile din tratat la care se referă rezerva, în măsura prevăzută în această rezervă; și b) modifică aceste dispoziții în aceeași măsură față de cealaltă parte în relațiile sale cu statul autor al rezervei. 2. Rezerva nu modifică dispozițiile tratatului față de celelalte părți în raporturile lor inter se. 3. Când un stat care a formulat o obiecțiune împotriva unei rezerve nu s-a opus intrării în vigoare a tratatului între el și statul autor al rezervei, dispozițiile la care se referă rezerva nu se aplică între cele două state în măsura prevăzută de rezervă.*

² Conform art. 10 din Protocolul Opțional, fiecare stat poate, la momentul semnării sau ratificării prezentului Protocol sau la data aderării la Convenție, să declare că nu recunoaște competența Comitetului în privința art. 8 și 9. Menționăm că ultimele două articole instituie procedura investigării pe care am analizat-o anterior în lucrarea noastră.

³ E.F. Defeis, *The United Nations And Women – A Critique*, William and Marry Journal Of Women And The Law, Volume 17, Issue 2, 2011, pp. 401-403; M. De Pauw, *Women's Rights: from bad to worse? Assessing the evolution of incompatible reservations to the CEDAW Convention*, Merkourios Utrecht Journal Of International and European Law, Volume 29, Issue 77, 2013, p. 58.

prevederile din Convenție contrare religiei și culturii lor¹. Deși rezervele formulate de statele islamice sunt contrare scopului Convenției, acestea au fost acceptate pentru diseminarea drepturilor prevăzute de Convenție. În acest punct devine evidentă limita aplicabilității Convenției: deși conține reglementări complexe în materia drepturilor femeii, aplicabilitatea Convenției nu este deplină (din considerente culturale și religioase) în state cu probleme în implementarea drepturilor femeii – precum statele islamice. Efectul formulării de rezerve de statele enumerate anterior constă în *sublinierea oficială a statelor autoare ale rezervelor a lipsei angajamentului față de prevederile Convenției care fac obiectul rezervelor*. În acest punct, universalitatea drepturilor femeii ca drepturi ale omului (declarată în cadrul Conferinței de la Viena) este limitată de factorul cultural.

III. Aspecte ale egalității de gen în dreptul internațional umanitar

○ III.1. Preliminarii

Discriminarea femeilor sub forma violenței sexuale² a constituit o realitate istorică a cărei existență este incontestabilă atât în condiții de pace cât și în contextul conflictelor armate interne și/sau internaționale. În ambele ipoteze sociale – de pace și de conflict – violența asupra femeilor reprezintă rezultatul schemelor de gândire, a atitudinilor și a comportamentelor patriarhale care acordă femeilor o poziție subordonată.

În prezenta secțiune a lucrării noastre urmărim să prezentăm specificul violenței asupra femeilor în situații de conflict și să evidențiem motivațiile și implicațiile culturale ale actelor de violență. În secțiunile următoare vom proceda la analiza jurisprudențială a violențelor sexuale comise asupra populației feminine în scopul obținerii *epurării etnice*, violențe localizate din punct de vedere temporal în cursul Războiului Bosniac desfășurat în perioada 1992-1995 și în cursul Genocidului din Rwanda din 1994. În scopul realizării unei analize complete asupra contextului în care au avut loc actele de violență asupra femeilor în cursul celor două conflicte armate, vom expune, în rândurile care urmează, perspectiva feministă asupra faptelor.

Studiind incidența actelor de violență sexuală asupra segmentului feminin al populației în perioade de conflict armat literatura de specialitate³ vom sublinia că femeile au fost în mod tradițional supuse violului atât de forțele opuse cât și de forțele de intervenție pentru menținerea păcii deși existau, la epoca faptelor, instrumente juridice la nivel internațional al căror scop consta în protecția femeilor. Practicarea violului și a altor forme de violență sexuală împotriva femeilor în cursul conflictelor armate a reprezentat un fapt firesc ce rezultă, în principal, din impunerea dominației masculine asupra populației feminine membră a forțelor inamice.

¹ J.L. Southard, *op. cit.*, p. 21.

² Ideea discriminării femeilor prin instrumentarea violenței a fost dezvoltată de A. Edwards în lucrarea *Violence Against Women As Sex Discrimination: Evaluating The Policy And Practice Of The UN Human Rights Treaty Bodies*, Working Paper, 2008, Publisher, The Bernard and Audre Raport Center For Human Rights And Justice, The University Of Texas At Austin, pp. 1-43.

³ B. Van Schaak, *Obstacles on the Road to Gender Justice: The International Criminal Tribunal for Rwanda as Object Lesson*, Journal Of Gender, Social Policy and the Law, Volume 17, Issue 2, 2009, published by American University Washington College Of Law, 2009, p. 2; P. Weiner, *The Evolving Jurisprudence Of The Crime Of Rape In International Criminal Law*, Boston College Law Review, Volume 54, Issue 3, 2013, published by Law Journals at Boston College Law Review, pp. 1207-1208; B. Abegunde, *Re-Examination of Rape and Its Growing Jurisprudence under International Law*, Journal of Politics and Law, Volume 6, No. 4, 2013, published by the Canadian Center of Science and Education, pp. 187-188; N. Reilly, *Seeking gender justice in post-conflict transitions: towards a transformative women's human rights approach*, International Journal of Law in Context, 2007, Cambridge University Press, Transnational Justice Institute, University Of Ulster, pp. 155-156.

Particularitățile actelor de violență sexuală la care sunt supuse femeile în contextul conflictelor armate au fost ilustrate la nivel doctrinar¹ prin următoarele idei: (1) supra-evaluarea patriarhală a valorilor castității și fidelității femeilor; (2) înfrângerea valorilor castității și fidelității prin viol cu scopul de a marginaliza social femeile; (3) la nivel simbolic, violențele sexuale asupra femeilor coincid cu de-construcția identității comunității/populației inamice; (4) violențele sexuale asupra femeilor aparținătoare la o anumită comunitate conduc la presiuni psihologice asupra combatanților comunității respective, diminuând forța și rezistența acestora. Este evident că repercusiunile actelor de violență sexuală asupra femeilor sunt extinse la nivelul comunității, afectând atât conexiunile dintre membrii comunității cât și relațiile de familie.

Exploatarea efectelor extinse ale violențelor sexuale comise asupra femeilor în timpul conflictelor armate, literatura de specialitate² a demonstrat utilizarea forței în Războiul Bosniac de către forțele militare și paramilitare sârbe asupra femeilor musulmane bosniace în următoarele scopuri: (1) dominarea prin teroare a populației feminine prizonieră astfel încât să fie prevenite tentativele de evadare sau alte tentative de rezistență; (2) obținerea de informații asupra strategiilor militare ale bosniacilor musulmani prin utilizarea violului și a sarcinilor forțate ca mijloace de tortură; (3) prevenirea nașterilor de copii musulmani în cadrul comunității bosniace și asigurarea premiselor nașterii de copii sârbi prin practica sarcinilor forțate; (4) aneantizarea culturii musulmane care valoriza imaginea femeii caste și fidele. Implicațiile multiple ale violului asupra femeilor musulmane și asupra comunității musulmane bosniace în integralitatea sa au determinat o analiză jurisprudențială meticuloasă a cazurilor de violență sexuală în practica Tribunalului Internațional pentru Fosta Iugoslavie. În consecință, în jurisprudența Tribunalului Internațional pentru Fosta Iugoslavie vom remarca *definirea infracțiunii de viol și asocierea violului cu alte infracțiuni neutre din punctul de vedere al genului precum tortura sau sclavia*.

Mutatis mutandis, raționamentul din rândurile de mai sus în materia violențelor sexuale asupra femeilor în situații de conflict armat este aplicabil inclusiv *genocidului din Rwanda*. Violențele sexuale au fost comise de gruparea etnică majoritară Hutu asupra femeilor din cadrul minorității Tutsi, fiind urmărit scopul principal al epurării etnice. O particularitate a utilizării violului în cadrul genocidului din Rwanda constă în infectarea deliberată cu virusul HIV SIDA a femeilor Tutsi supuse agresiunilor sexuale – fapt ce a condus la nașterea de copii de etnie mixtă suferinzi de virusul respectiv. În mod similar cu jurisprudența dezvoltată de Tribunalul Internațional pentru Fosta Iugoslavie, Tribunalul Internațional pentru Rwanda a acordat o atenție deosebită crimei de viol, fiind dezvoltate dimensiuni juridice complexe asociate acestei infracțiuni precum: violul ca genocid, violul ca și crimă împotriva umanității sau violul ca și crimă de război. După cum vom prezenta într-o secțiune ulterioară a lucrării, în cauza *Akayesu*³ Tribunalul a oferit definiția infracțiunii de viol și a caracterizat din punct de vedere juridic expresia *violență sexuală*, remarcându-se și calificarea acesteia din urmă ca *instrument de genocid*.

Nevoia de protecție a drepturilor femeilor în condiții de conflict reprezintă mai mult decât un obiectiv impus la nivel discursiv. Protecția juridică și *de facto* a segmentului feminin al populației rezultă dintr-o nevoie reală, generată de *cultura patriarhală* în temeiul căreia supunerea femeilor la violențe sexuale în cursul conflictelor armate reprezintă un fapt obișnuit

¹ K.D. Askin, *Prosecuting Wartime Rape and Other Gender-Related Crimes under International Law: Extraordinary Advances, Enduring Obstacles*, Berkeley Journal of International Law, Volume 21, Issue 2, 2003, p. 298.

² M. Loken, *Bringing War Criminals to Justice and Justice to Victims: Mass Rape in Bosnia-Herzegovina and the Efficiency of the ICTY*, Independent Study Project Collection, Paper 962, 2010, pp. 5-37.

³ *Akayesu*, Case No. ICTR 96-4-T, Trial Chamber Judgment, 687-688.

tradus prin dreptul forțelor armate câștigătoare asupra femeilor aparținătoare comunității perdante. Violența sexuală asupra femeilor în situații de conflict reiterează rolurile de gen transmise pe filieră culturală în temeiul cărora genul masculin își demonstrează puterea asupra femeilor iar acestea din urmă își asumă postura pasivă, de victime. De asemenea, violența sexuală asupra populației feminine în cazul conflictelor armate din Bosnia și Rwanda a avut o *cauză culturală* constând în eliminarea minorităților etnice prin agresiuni asupra femeilor-considerate a fi păstrătoarele și promotoarele culturii comunităților în cauză. Literatura de specialitate¹ a subliniat dimensiunea culturală a violențelor sexuale asupra femeilor aferente perioadelor de conflict armat, evidențiind violul ca și *instrument de de-construcție a identității comunităților etnice*. Luând în considerare această aserțiune doctrinară, apreciem că violențele sexuale experimentate de femeile bosniace și femeile Tutsi au o semnificație mai profundă decât cea atașată crimelor de gen deoarece: (1) violențele sexuale îndreptate împotriva femeilor de o anumită etnie neagă *pluralismul cultural* ca premisă necesară unui stat democratic; (2) violențele sexuale nu sunt derivate din necesitățile fiziologice ale bărbaților combatanți ci din dorința de dominare a unui anumit grup etnic prin tehnici psiho-fizice; (3) violențele sexuale sunt expresia unei *discriminări multiple* deoarece agresorii au avut în vedere, în momentul acțiunii, două criterii: genul (femeile având apanajul supunerii la violențe sexuale) și etnia (acest criteriu implică *lato sensu* criteriul cultural deoarece comunitatea etnică este reprezentată de un grup uman având aceeași limbă, origine și aceleași tradiții culturale).

Înainte de a proceda la analiza jurisprudențială a infracțiunilor care afectează drepturile femeilor în circumstanțe conflictuale, vom prezenta succint dispozițiile care garantează drepturile femeilor – dispoziții cuprinse în cele mai importante instrumente juridice de drept internațional umanitar.

○ III.2. Protecția drepturilor femeilor în Convențiile de la Geneva și în Protocoalele Adicionale

III.2.1. Convențiile de la Geneva

Convenția de la Geneva pentru îmbunătățirea sorții răniților și bolnavilor din forțele armate în campanie² și Convenția de la Geneva pentru îmbunătățirea sorții răniților, bolnavilor și a naufragiaților forțelor armate pe mare³ abordează succint problematica generală a *nediscriminării* și problematica specială a *protecției drepturilor femeilor* în art. 12 al cărui conținut este cvasi-identic pentru ambele instrumente internaționale. Articolul 12 al primelor două Convenții de la Geneva are titlul *Protecție și îngrijire* și garantează, prin prevederile sale, îngrijirea și tratamentul omenos de către părțile puterii adverse a răniților, bolnavilor (Convenția Geneva I) la care se adaugă și naufragiații conform prevederilor Convenției Geneva II.

¹ E.M. Zitnik, *Embodied Rape: Ethnicity and Gender in the Prosecution of Wartime Rape in the Former Yugoslavia*, Honors Research Thesis, The Ohio State University, May 2004, Department of Slavic and East European Languages and Cultures, pp. 5-52.

² Denumită și prima Convenție de la Geneva sau Geneva I. În formă inițială, Convenția a fost adoptată în 1864 și a fost modificată substanțial și finalmente înlocuită în 1906-1929 iar varianta prezentă a Convenției Geneva I este cea adoptată pe 12 august 1949. *Brevitatis causa*, vom utiliza expresia *Convenția Geneva I* pentru a desemna *Convenția de la Geneva pentru îmbunătățirea sorții răniților și bolnavilor din forțele armate în campanie*.

³ Denumită și cea de-a doua Convenție de la Geneva sau Geneva II. A fost adoptată pentru prima dată în 1906 însă a fost modificată substanțial și înlocuită cu varianta prezentă a Convenției Geneva II adoptată la 12 august 1949. *Brevitatis causa*, vom utiliza expresia *Convenția Geneva II* pentru a desemna *Convenția de la Geneva pentru îmbunătățirea sorții răniților, bolnavilor și naufragiaților forțelor armate pe mare*.

Tratamentul omenos și grija datorate răniților, bolnavilor, naufragiaților se aplică *fără discriminare în funcție de sex, rasă, naționalitate, religie, păreri politice sau orice alt criteriu analog*. Criteriul sex este menționat primul în enumerarea criteriilor discriminatorii garantând astfel tratamentul egal al femeilor și bărbaților în situații de conflict. Analiza doctrinară a Convențiilor Geneva I și Geneva II¹ atrage atenția asupra criteriilor discriminatorii avansate de cele două Convenții în art. 12, menționând că aceste criterii au o existență recentă în dreptul internațional umanitar întrucât versiunea de la 1929 a Convenției Geneva I reglementa doar *discriminarea în funcție de naționalitate*. În forma actuală, Convenția Geneva I și Convenția Geneva II introduc noi criterii discriminatorii (dintre care primul enumerat este *sexul*), propunând, în același timp, o enumerare exemplificativă și nu limitativă a acestora.

În domeniul protecției juridice a drepturilor femeilor, art. 12 par. 4 al Convenției Geneva I și al Convenției Geneva II are același conținut iar prin intermediul său reglementează situația femeilor rănite, bolnave sau aparținătoare ale unui echipaj naufragiat: *Femeile vor fi tratate cu toată considerația specială datorată sexului lor*. Din punctul nostru de vedere, instituirea prevederii speciale de protecție a femeilor în par. 4 art. 12, adițional prevederilor art. 12 par. 2, reprezintă o formă a *acțiunilor pozitive* menite să asigure egalitatea *de facto* între femei și bărbați în aplicarea prevederilor celor două Convenții. Ne vom susține punctul de vedere prin următoarele argumente: (1) egalitatea *de facto* între bărbați și femei rezidă, după cum am explicat într-o secțiune aparte a lucrării noastre, în acceptarea diferențelor și luarea lor în considerare la momentul formulării politicilor de egalitate și nediscriminare; (2) par. 4 al art. 12 subliniază diferențele biologice ale femeilor care reclamă *considerație specială* în tratamentul aplicat răniților, bolnavilor, naufragiaților de sex feminin; (3) garanția specială a protecției femeilor stabilită în art. 12 par. 4 nu încalcă principiul general al nediscriminării stabilit în art. 12 par. 2 ci îl completează. Referitor la dispoziția art. 12, par. 4, literatura de specialitate² a explicat semnificația *considerației speciale datorată femeilor grație sexului lor* precum *considerația acordată de orice națiune civilizată indivizilor care sunt mai slabi și a căror modestie și onoare solicită respect*.

Limita Convenției Geneva I și a Convenției Geneva II rezidă, în opinia noastră, în *omiterea menționării în conținutul articolelor referitoare la infracțiuni grave (art. 50 din Convenția Geneva I și art. 51 din Convenția Geneva II) a infracțiunilor care pun în pericol drepturile femeilor precum violul, sclavia sexuală, traficul de femei și copii de gen feminin ș.a.* Suntem de părere că mențiunea inclusă în art. 12 par. 4 în temeiul căreia femeile trebuie să fie tratate cu o formă specială de considerație, rămâne fără obiect atât timp cât infracțiunile care afectează drepturile femeilor și care au incidență crescută în timp de conflict armat nu sunt recunoscute ca infracțiuni grave.

Convenția de la Geneva privitoare la tratamentul prizonierilor de război³ reia în art. 14 par. 2 – formularea utilizată în primele două Convenții de la Geneva în art. 12, par. 4. *In extenso*, conținutul art. 14 par. 2 este următorul: *femeile trebuie să fie tratate cu toată considerația*

¹ J.S. Pictet, *The Geneva Conventions of 12 august 1949. Commentary. I Geneva Convention For The Amelioration Of The Condition Of The Wounded And Sick In Armed Forces In The Field*, Geneva, International Committee Of The Red Cross, 1952, p. 138; J.S. Pictet, *The Geneva Conventions of 12 august 1949. Commentary. II Geneva convention For The Amelioration Of The Condition Of Wounded, Sick And Shipwrecked Members Of Armed Forces At Sea*, Geneva, International Committee Of The Red Cross, 1960, p. 91.

² J.S. Pictet, *op. cit.*, p. 140, p. 92.

³ Denumită și cea de-a treia Convenție de la Geneva sau Geneva III. Prima formă a Convenției a fost adoptată la 27 iulie 1929 și a intrat în vigoare la 19 iunie 1931. În sfera de reglementare a acestei Convenții era inclus tratamentul prizonierilor de război din timpul celui de-al doilea Război Mondial. Forma actuală a Convenției se răgăsește în textul Convenției de la Geneva privitoare la tratamentul prizonierilor de război adoptată la 12 august 1949. *Brevitatis causa*, vom utiliza expresia *Convenția Geneva III* pentru a desemna *Convenția de la Geneva privitoare la tratamentul prizonierilor de război*.

datorată sexului lor și să beneficieze, în orice caz, de un tratament tot așa de favorabil ca cel acordat bărbaților. Formularea expusă anterior determină, din punctul nostru de vedere, ideea conform căreia egalitatea dintre bărbați și femei nu exclude ci presupune considerația specială acordată femeilor grație sexului. Astfel, după cum am afirmat în rândurile de mai sus, pentru ca egalitatea dintre bărbați și femei să fie atinsă în concreto este necesar ca diferențele dintre bărbați și femei să fie luate în considerare. Literatura de specialitate¹ interpretează protecția specială acordată femeilor în considerarea caracteristicilor lor biologice ca fiind un principiu necesar a fi aplicat în legătură cu fiecare articol al Convenției Geneva III.

Principiul general al ocrotirii speciale a femeilor este menționat cu titlu general în art. 14 par. 2 și este exemplificat în conținutul Convenției prin dispoziții specifice dintre care menționăm: principiul tratamentului egal cuprins în art. 16²; asigurarea de dormitoare separate pentru prizonieri și prizoniere de război menționată în art. 25 par. 4³; instalații de igienă separate pentru prizonierele de război stabilite în art. 29 par. 2⁴; repartizarea muncilor în funcție de sexul prizonierilor de război potrivit art. 49 par. 1⁵; egalitate între prizonierii și prizonierele de război în executarea pedepsei conform art. 88 par. 1 teza a doua și par. 2⁶. De asemenea, considerația specială datorată femeilor grație construcției lor bio-fizice, trebuie să fie aplicată și în legătură cu alte dispoziții ale Convenției care nu menționează în expresis nediscriminarea în funcție de sex (*exempli gratia* în materie de interogare a prizonierilor – art. 17, în privința tratamentului uman aplicat prizonierilor de război – art. 13 par. 2).

Convenția de la Geneva privitoare la protecția persoanelor civile în timp de război⁷ reglementează în art. 27 respectul pentru drepturile omului, subliniind caracterul umanitar al Convenției. Evaluând art. 27 prin raportare la alte prevederi ale Convenției Geneva IV doctrina⁸ arată că art. 27 are caracter general iar aplicabilitatea sa trebuie să fie considerată în relație cu fiecare dintre articolele Convenției Geneva IV. În primul rând, paragraful 1 al art. 27 acordă dreptul persoanelor protejate la respect pentru persoana, onoarea, drepturile familiale,

¹ J.S. Pictet, *The Geneva Conventions of 12 august 1949. Commentary. III Geneva Convention Relative To The Treatment Of Prisoners Of War*, Geneva, International Committee Of The Red Cross, 1960, pp. 146-148.

² In extenso, conținutul art. 16 este următorul: Ținând seama de dispozițiile prezentei convenții relative la grad ca și la sex și sub rezerva oricărui tratament privilegiat care ar fi acordat prizonierilor de război datorită stării sănătății lor, vârstei sau aptitudinii lor profesionale, prizonierii trebuie să fie tratați în același fel de către Puterea deținătoare, fără nici o deosebire cu caracter discriminatoriu, bazată pe rasă, naționalitate, religie, păreri politice sau orice alt criteriu analog.

³ In extenso, conținutul art. 25 par. 4 este următorul: În toate lagărele în care se găsesc cantonate, împreună cu prizonieri, și prizoniere de război, vor exista dormitoare separate.

⁴ In extenso, conținutul art. 29 par. 2 este următorul: Prizonierii de război vor dispune, ziua și noaptea, de instalații conforme regulilor de igienă și care vor fi ținute într-o continuă stare de curățenie. În lagărele în care locuiesc prizoniere de război, le vor fi rezervate instalații separate.

⁵ In extenso, conținutul art. 49 par. 1 este următorul: Puterea deținătoare va putea să folosească prizonierii de război valizi ca muncitori, ținând seama de vârsta, sexul, gradul ca și de aptitudinile lor fizice și având în vedere, mai ales, menținerea lor într-o stare bună de sănătate fizică și morală.

⁶ In extenso, conținutul art. 88 par. 1 teza a doua și par. 2 este următorul: Prizonierele de război nu vor putea fi condamnate la o pedeapsă mai severă sau să fie tratate, în timp ce ele își ispășesc pedeapsa, mai sever decât femeile aparținând forțelor armate ale Puterii deținătoare, pedepsite pentru o infracțiune analogă. Prizonierele de război nu vor putea, în nici un caz, fi condamnate la o pedeapsă mai severă sau să fie tratate, în timp ce ele își ispășesc pedeapsa, mai sever decât un bărbat din forțele armate ale Puterii deținătoare, pedepsit pentru o infracțiune analogă.

⁷ Denumită și cea de-a patra Convenție de la Geneva sau Geneva IV, a fost adoptată la 12 august 1949 și reglementează protecția persoanelor civile în timp de război. Brevitatis causa, vom utiliza expresia Convenția Geneva IV pentru a desemna Convenția de la Geneva privitoare la protecția populației civile în timp de război.

⁸ J.S. Pictet, *The Geneva Conventions of 12 august 1949. Commentary. IV Geneva Convention Relative To The Protection Of Civilian Persons In Time Of War*, Geneva, The International Committee Of The Red Cross, 1958, pp. 200-201.

convingerile, practicile religioase, deprinderile și obiceiurile lor. Literatura de specialitate¹ a interpretat protecția acordată de art. 27 par. 1 în sensul garantării în favoarea persoanelor civile a atributelor umane fundamentale. Paragraful 2 al art. 27 menționează tratamentul special acordat femeilor prin următoarea formulare: *Femeile vor fi în special protejate contra oricărei atingeri aduse onoarei lor și mai ales contra violului, constrângerii la prostituție și contra oricărui atentat la pudoare*. Cea din urmă prevedere este aplicația particulară a protecției persoanei, onoarei, drepturilor familiale-a cărei reglementare se regăsește în art. 27 par. 1. Observăm că spre deosebire de primele 3 Convenții de la Geneva care nu oferă o reglementare expresă infracțiunilor îndreptate cu precădere împotriva femeilor (viol, prostituție forțată, trafic de persoane), art. 27 par. 2 subliniază legătura dintre protecția specială acordată femeilor în perioade de conflict și protecția femeilor de săvârșirea unor infracțiuni specifice ca *viol, constrângere la prostituție*. Studiile feministe² apreciază că prevederile internaționale al căror obiectiv constă în protecția femeilor de infracțiuni specifice care lezează drepturile lor sexuale și integritatea psiho-morală sunt inefective și insuficiente în asigurarea unei protecții juridice adecvate femeilor. Protecția demnității, onoarei și modestiei femeilor prin interzicerea actului violului este evaluată de opinia doctrinară citată anterior, ca un act de protecție a drepturilor femeilor a cărui sorginte patriarhală nu poate fi negată întrucât menține construcția genului feminin pasiv și lipsit de apărare. O abordare superioară a problemei violului constă în incriminarea violului ca o încălcare propriu-zisă a drepturilor omului similară torturii sau crimelor de război – idee dezvoltată în jurisprudența Tribunalului Internațional pentru Fosta Iugoslavie și a Tribunalului Internațional pentru Rwanda. Analiza detaliată a infracțiunilor îndreptate împotriva drepturilor femeii în perioada de conflict va fi prezentată într-o secțiune distinctă a lucrării noastre.

III.2.2. Protocoale Adiționale ale Convențiilor de la Geneva

Primul Protocol Adițional al Convențiilor de la Geneva³ reiterează în art. 75, angajamentul în favoarea garantării drepturilor omului în situații de conflict armat internațional. Articolul 76 stabilește garanții în favoarea drepturilor femeii.

Deși prezenta secțiune a lucrării urmărește analiza garantării drepturilor femeii, studiul art. 75 este necesar întrucât, prin conținutul său, impune *acordarea în mod nediscriminatoriu a tratamentului omenos persoanelor aflate în mâinile unei părți din conflict*. Pornind de la această ipoteză legală doctrina⁴ a apreciat că *garanțiile fundamentale* stabilite în art. 75 exprimă *standardul minim* care se impune a fi respectat în materia drepturilor omului. Prin comparație cu art. 3 – comun Convențiilor de la Geneva – protecția oferită de art. 75 are o sferă mai mare de cuprindere, acordând o atenție egală dispozițiilor *substanțiale* de protecție umanitară (*exempli gratia*, nediscriminarea, atingerile îndreptate împotriva demnității persoanei, mai ales tratamentele umilitoare și degradante, prostituția forțată și orice formă de atentat la pudoare) și dispozițiilor *procedurale* de protecție umanitară (*exempli gratia*, deținerea femeilor în locuri separate de cele ale bărbaților, plasarea femeilor sub supravegherea exercitată de gardieni de

¹ Ibidem.

² M. Loken, *Bringing War Criminals To Justice and Justice To Victims: Mass Rape in Bosnia-Herzegovina And The Efficiency Of the ICTY*, Independent Study Project Collection, Paper 962, 2010, pp. 5-61.

³ Adoptat pe data de 8 iunie 1977; este cunoscut sub denumirea completă *Protocolul Adițional al Convențiilor de la Geneva din 12 august 1949 privind protecția victimelor conflictelor armate internaționale. Brevitatis causa*, vom utiliza pe parcursul lucrării noastre expresia *Protocolul I* sau *Protocolul Adițional I*.

⁴ J. Pictet, H.-P. Gasser, S.-S. Junod, C. Pillou, Dt. J. De Preux, Y. Sandoz, C. Swinarski, C.F. Wenger, B. Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, International Committee of The Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva 1987, p. 865.

gen feminin). Dispozițiile substanțiale și procedurale menționate anterior sunt circumscrise exclusiv Protocolului I, fără a fi omologate în conținutul articolului comun 3. În contextul dat, observăm că protecția femeilor este garantată, în contextul Protocolului I, atât prin normele generale de protecție umanitară stabilite în art. 75 cât și în cadrul special stabilit în art. 76.

Recunoaștem trei dimensiuni referitoare la protecția generală a drepturilor femeii cuprinse în art. 75: (1) *nediscriminarea în acordarea tratamentului omenos în funcție de (...) sex* – art. 75 par. 1; (2) *interzicerea prezentă și viitoare a unor acte specifice îndreptate împotriva persoanelor civile și militare printre care se numără și atingerile îndreptate împotriva demnității persoanei, mai ales tratamentele umilitoare și degradante, prostituția forțată și orice formă de atentat la pudoare* – art. 75 par. 2 lit. b; (3) *femeile private de libertate pentru motive în legătură cu conflictul armat vor fi deținute în locuri separate de cele ale bărbaților. Ele vor fi plasate sub supravegherea exercitată de către femei. Cu toate acestea, dacă sunt arestate, deținute, sau internate familiei, unitatea acestor familii va fi păstrată, pe cât posibil, în ceea ce privește cazarea lor.*

Dintre aceste reglementări, doar prima – oferind garanția nediscriminării – este comună și art. 3, paragraful 1 din Convențiile de la Geneva. Ultimele două garanții, deși nu sunt menționate în mod expres în cuprinsul art. 3, pot fi regăsite în dispoziții similare. Articolul 3 par. 1 lit. c) care interzice atingerile aduse demnității persoanelor, mai ales tratamentele umilitoare și înjositoare este similar cu dispoziția cuprinsă în art. 75 par. 2 lit. b) sub rezerva nemenționării *prostituției forțate și/sau a atentatelor la pudoare*. Formulările *prostituție forțată* sau *atentatele la pudoare* sunt utilizate în mod expres în art. 27 din Convenția Geneva IV în garantarea tratamentului special acordat femeilor. Referitor la garantarea condițiilor speciale de detenție și supraveghere în favoarea femeilor conform art. 75, par. 5 din Protocol, dispoziții similare în materie pot fi întâlnite în art. 76, 82, 85 din Convenția Geneva IV sau în art. 25 și 108 din Convenția Geneva III.

Articolul 76 marchează protecția specială a femeilor, cuprinzând, la rândul său, trei dimensiuni: (1) *acordarea, în favoarea femeilor, a unui respect deosebit și protejarea lor împotriva violului, constrângerii la prostituție și oricărei forme de atentat la pudoare* – art. 76 par. 1; (2) *examinarea, cu prioritate absolută, a cazurilor de femei însărcinate și a mamelor cu copii mici care depind de acestea, ce sunt arestate, deținute, sau internate pentru motive în legătură cu conflictul armat* – art. 76 par. 2; (3) *luarea de măsuri pentru evitarea pronunțării pedepsei cu moartea împotriva femeilor însărcinate sau a mamelor cu copii mici care depind de ele pentru o infracțiune comisă în legătură cu conflictul armat; neexecutarea condamnării la moarte pronunțată împotriva acestor femei* – art. 76 par. 3. Prevederile art. 76 par. 1 reprezintă particularizarea regulilor fundamentale cuprinse în art. 75 par. 1 referitoare la respectul pentru demnitatea și onoarea persoanei. De asemenea, prevederile art. 76 par. 1 constituie aplicarea, în sfera protecției drepturilor femeilor, a *principiului umanismului* care modelează spiritul prevederilor Convențiilor de la Geneva. În acest sens, sunt interzise în mod expres încălcările specifice ale demnității umane precum *violuri și constrângeri la prostituție*, lăsând deschisă sfera de cuprindere a actelor interzise prin formularea finală *orice atentat la pudoare*. Limbajul juridic utilizat în art. 76 deține apanajul *flexibilității și lipsei rigorii* întrucât exprimări precum cele utilizate în par. 2 – *copii mici care depind de mame* nu au un echivalent juridic specific. Ipoteza *protejării mamelor cu copii mici, care depind de ele*, apare în ultimele două paragrafe ale art. 76 și a fost interpretată în literatura de specialitate¹ ca fiind un aspect evaluat în mod diferit de la caz la caz și în funcție de cultura de referință. Aceeași considerație trebuie să fie demonstrată mamelor cu copii mici care depind de ele cât și femeilor gravide. Conform dispozițiilor art. 76 par. 2 și 3, aceste două categorii vor beneficia de un tratament particular în

¹ J. Pictet, H.-P. Gasser, S.-S. Junod, C. Pillou, Dt. J. De Preux, Y. Sandoz, C. Swinarski, C.F. Wenger, B. Zimmermann, *op. cit.*, p. 893.

situațiile de arestare, deținere, internare dar și în ceea ce privește pronunțarea sau executarea pedepsei cu moartea.

*Cel de-al doilea Protocol Adicional al Convențiilor de la Geneva*¹ cuprinde dispoziții generale privind protecția drepturilor omului precum art. 2, art. 4, art. 5 și art. 6. Spre deosebire de Protocolul Adicional I care cuprindea un cadru legal consacrat protecției drepturilor femeilor (art. 76), Protocolul Adicional II cuprinde referințe la protecția drepturilor femeilor în cadrul dispozițiilor generale de protecție a drepturilor omului. *Exempli gratia*, reprezintă prevederi generale menite să asigure protecția drepturilor femeilor: (1) nepronunțarea pedepsei cu moartea împotriva femeilor însărcinate sau a mamelor cu copii mici – art. 6 par. 4; (2) deținerea femeilor în locuri diferite de cele destinate bărbaților și plasarea lor sub supravegherea altor femei, exceptând situația în care femeile și bărbații fac parte din aceeași familie – art. 5 par. 2 lit. a); (3) interzicerea atentatelor împotriva demnității personale, în special tratamentul umilitor și degradant, violul, prostituția silită și orice altă formă de atentat la pudoare – art. 4 par. 2 lit. e); (4) interzicerea diferențierii cu caracter defavorabil, *inter alia*, în funcție de sex – art. 2 par. 1.

În mod similar cu art. 75, paragraful 1 din Protocolul Adicional I, – art. 2, paragraful 1 din Protocolul Adicional II, utilizează expresia *diferențiere cu caracter defavorabil* pentru a marca faptul discriminării. Aplicând interpretarea *per a contrario* rezultă că există și sunt permise diferențierile pozitive, sub forma acțiunilor afirmative/măsurilor pozitive, al căror scop constă în protecția drepturilor femeilor care au nevoie de asistență specială din cauza subordonării istorice pe care au experimentat-o. Articolul 4, paragraful 1 din Protocolul Adicional II impune garanțiile generale pentru protecția drepturilor persoanelor care nu (mai) participă la ostilități, stabilind, fără discriminare, tratamentul omenos în favoarea acestora. În par. 2 sunt enumerate anumite acte interzise iar dintre acestea, actele care afectează în mod direct femeile sunt menționate la lit. e) – (atentate împotriva demnității personale, în special tratamentul umilitor și degradant, violul, prostituția silită și orice altă formă de atentat la pudoare); și lit. f) – (sclavia și negoțul cu sclavi sub toate formele sale). Actele interzise reprezintă standardul *minim de protecție* acordat drepturilor omului și, în particular, drepturilor femeii. Formularea utilizată în partea de început a par. 2 al art. 4 – *fără încălcarea caracterului general al dispozițiilor precedente* – este interpretată în sensul în care, dispozițiile speciale cuprinse în par. 2 al art. 4 completează și sprijină garanțiile fundamentale în materia protecției drepturilor omului stabilite în par. 1 al art. 4.

Spre deosebire de art. 4 par. 2 care impune *interdicții*, prevederile art. 5, paragraful 2, litera a, impun *obligații pozitive* în sarcina persoanelor care au răspunderea internării sau detenției persoanelor private de libertate. Articolul 5 par. 2 lit. a) stabilește, ca regulă generală, cazarea separată a bărbaților și a femeilor și plasarea celor din urmă sub nemijlocita supraveghere a femeilor. Cu titlu de excepție, este permisă cazarea în comun a bărbaților și a femeilor din considerente ce țin de asigurarea unității familiei. Dispozițiile art. 5 par. 2 lit. a) sunt o garanție a împlinirii prevederilor art. 4 par. 2 lit. e)². Prin coroborarea celor două texte ale Protocolului II rezultă că impunerea unor condiții speciale de deținere și internare a femeilor private de libertate reprezintă garanții pentru prevenirea comiterii atentatelor împotriva demnității personale, în special viol și prostituție forțată.

Articolul 6 par. 4 interzice pronunțarea pedepsei cu moartea asupra *femeilor însărcinate și a mamelor cu copii mici* reiterând prevederile art. 76 par. 3 din Protocolul Adicional I. Suntem

¹ Adoptat pe data de 8 iunie 1977; este cunoscut sub denumirea completă *Protocolul Adicional la Convențiile de la Geneva din 12 august 1949 privind protecția victimelor conflictelor armate non-internaționale. Brevitate cauză*, vom utiliza pe parcursul lucrării noastre expresia *Protocolul II* sau *Protocolul Adicional II*.

² Pentru detalii suplimentare, a se consulta J. Pictet, H.-P. Gasser, S.-S. Junod, C. Pillou, Dt. J. De Preux, Y. Sandoz, C. Swinarski, C.F. Wenger, B. Zimmermann, *op. cit.*, p. 1390.

de părere că formularea utilizată în art. 76 par. 3 din Protocolul Adițional I oferă o protecție mai restrânsă femeilor întrucât impune protecția mamelor atât timp cât acestea au *copii mici care depind de ele*. Formularea din urmă – lipsită de rigurozitate juridică – a fost eliminată din conținutul art. 6 par. 4 din Protocolul Adițional II.

○ III.3. *Perspectiva de gen asupra infracțiunilor cuprinse în Statutul Tribunalului Internațional pentru Fosta Iugoslavie, în statutul Tribunalului Internațional pentru Rwanda și în Statutul Curții Penale Internaționale*

III.3.1. *Statutul Tribunalului Internațional pentru Fosta Iugoslavie*

Tribunalul Internațional Penal pentru Punerea Sub Acuzare A Persoanelor Responsabile de Violări Grave ale Dreptului Internațional Umanitar Comise pe Teritoriul Fostei Iugoslavii începând cu anul 1991¹ reglementează în Statutul² său, infracțiuni privitoare la grave încălcări ale Convențiilor de la Geneva (art. 2), violări ale legilor și cutumelor de război (art. 3), genocid (art. 4), crime împotriva umanității (art. 5). Remarcăm implicații asupra drepturilor femeii în conținutul ultimelor două articole. În privința art. 2 care reglementează gravele încălcări ale Convențiilor de la Geneva, observăm că în conținutul său, sunt reluate unele prevederi ale art. 50 din Convenția Geneva I, ale art. 51 din Convenția Geneva II, ale art. 130 din Convenția Geneva III și ale art. 147 din Convenția Geneva IV – toate aceste articole având ca obiect de reglementare *infracțiuni grave*.

După cum am remarcat în analiza primelor două Convenții de la Geneva, în categoria *infracțiunilor grave* nu sunt incluse infracțiuni la care femeile sunt susceptibile în timp de conflict armat precum *violul, sclavia sexuală sau prostituția forțată* – aspect care nu oferă efectivitate *considerației speciale care trebuie să fie acordată femeilor în temeiul diferențelor bio-fizice*. Aceeași remarcă este valabilă și pentru art. 130 și 147 din Convenția Geneva III respectiv Convenția Geneva IV. Considerația specială datorată femeilor grație sexului lor este o prevedere comună a Convențiilor de la Geneva, fiind menționată în art. 12 par. 4 din primele două Convenții de la Geneva, în art. 14 par. 2 din Convenția Geneva III, în art. 16 par. 1 și art. 27 par. 2 din Convenția Geneva IV.

Articolul 4 din Statutul Tribunalului Internațional pentru Fosta Iugoslavie definește infracțiunea de genocid în alin. (2) astfel: *genocidul semnifică oricare dintre actele următoare dacă ele sunt comise cu intenția de a distruge, în integralitate sau în parte, un grup național, etnic, rasial sau religios: (a) uciderea membrilor grupului; (b) cauzarea unei grave suferințe fizice sau mentale asupra membrilor grupului; (c) aplicarea deliberată asupra unui grup a condițiilor de viață apte să conducă la distrugerea fizică a grupului în tot sau în parte; (d) impunerea de măsuri cu intenția de a preveni nașteri în cadrul unui grup; (e) transferul forțat de copii de la un grup la altul*. Încălcărilor enumerate în rândurile anterioare pot afecta drepturile femeii ca

¹ *Brevitatis causa*, vom folosi pe parcursul lucrării noastre expresia *Tribunalul Internațional pentru Fosta Iugoslavie* pentru a desemna *Tribunalul Internațional Penal pentru Punerea Sub Acuzare a Persoanelor Responsabile de Violări Grave ale Dreptului Internațional Umanitar Comise pe Teritoriul Fostei Iugoslavii începând cu anul 1991*.

² Statutul Tribunalului Internațional pentru Fosta Iugoslavie a fost adoptat de Consiliul de Securitate al ONU prin rezoluția nr. 827 adoptată la 25 mai 1993. Statutul a fost amendat printr-o serie de rezoluții subsecvente dintre care menționăm: rezoluția nr. 1166 adoptată la 13 mai 1998; rezoluția nr. 1329 adoptată la 30 noiembrie 2000; rezoluția nr. 1411 adoptată la 17 mai 2002; rezoluția nr. 1431 adoptată la 14 august 2002; rezoluția nr. 1481 adoptată la 19 mai 2003; rezoluția nr. 1597 adoptată la 20 aprilie 2005; rezoluția nr. 1660 adoptată la 28 februarie 2006; rezoluția nr. 1837 adoptată la 29 septembrie 2008; rezoluția nr. 1877 adoptată la 7 iulie 2009.

drepturi ale omului însă considerăm că fapta prevăzută în art. 4 alin. (2), lit. d) – *impunerea de măsuri pentru a preveni nașteri în cadrul unui grup* – afectează în mod direct drepturile sexuale și reproductive ale femeilor.

Articolul 5 din Statutul Tribunalului Internațional pentru Fosta Iugoslavie reglementează crimele împotriva umanității, subliniind, în alin. (1) următoarele caracteristici generale: (1) crimele să fie comise în timpul conflictului armat; (2) conflictul armat poate fi internațional sau intern; (3) crimele trebuie să fie îndreptate împotriva populației civile. În alin. (2) al art. 5 sunt enumerate infracțiunile care pot constitui crime împotriva umanității; reținem formularea utilizată la lit. i) – *alte acte inumane* deoarece aceasta subliniază caracterul *ilustrativ al enumerării*: (a) crimă; (b) exterminare; (c) sclavie; (d) deportare; (e) recluziune; (f) tortură; (g) viol; (h) persecuție pe criterii politice, rasiale și religioase; (i) alte acte inumane. Dintre crimele împotriva umanității expuse în art. 5, violul reprezintă un act îndreptat în primul rând împotriva populației feminine. Considerăm că în contextul stării de conflict intern/internațional, violul poate îndeplini cerințele legale pentru a fi calificat ca o altă infracțiune (mai gravă) sau poate îndeplini cerințele pentru a forma parte integrantă a unei infracțiuni mai grave.

Doctrina¹ pornește de la premisa conform căreia *violența sexuală* săvârșită în conflicte armate poate constitui și constituie propriu-zis parte a diferitelor crime. *Exempli gratia*, în circumstanțe specifice și cu îndeplinirea condițiilor legale, violul poate constitui: (a) viol – ca și crimă împotriva umanității; (b) tortură – ca și crimă împotriva umanității; (c) act de genocid dacă prin actele de violență sexuală ale violului sunt produse grave prejudicii ale integrității fizice și mentale a membrilor grupului vizat; (d) violul poate fi inclus în conținutul constitutiv al infracțiunii de sclavie ca și crimă împotriva umanității².

III.3.2 Statutul Tribunalului Internațional pentru Rwanda

Tribunalul Internațional Penal pentru Punerea Sub Acuzare a Persoanelor Responsabile de Genocid și alte Violări Serioase ale Dreptului Internațional Umanitar comise pe Teritoriul Rwandei și asupra Populației Rwandei, Responsabile pentru Genocid și alte asemenea Violări Comise pe teritoriul Statelor Învecinate între 1 ianuarie 1994 și 31 decembrie 1994³ reglementează în statutul⁴ său infracțiuni de genocid (art. 2), crime împotriva umanității (art. 3), încălcări ale art. 3 comun pentru Convențiile de la Geneva și ale celui de-al doilea Protocol Adițional al Convențiilor de la Geneva (art. 4). Textul art. 2 din Statutul Tribunalului

¹ United Nations, Department Of Peacekeeping Operations, *Review Of The Sexual Violence Elements Of The Judgements Of The International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia, The International Criminal Tribunal For Rwanda, And The Special Court For Sierra Leone In The Light Of Security Council Resolution 1820*, United Nations Publications, New York, 2010, p. 23.

² *Ibidem*.

³ *Brevitatis causa*, vom folosi pe parcursul lucrării noastre, expresia *Tribunalul Internațional pentru Rwanda* pentru a desemna *Tribunalul Internațional Penal pentru Punerea Sub Acuzare a Persoanelor Responsabile de Genocid și alte Violări Serioase ale Dreptului Internațional Umanitar comise pe Teritoriul Rwandei și asupra Populației Rwandei, Responsabile pentru Genocid și alte asemenea Violări Comise pe teritoriul Statelor Învecinate între 1 ianuarie 1994 și 31 decembrie 1994*.

⁴ Statutul Tribunalului Internațional pentru Rwanda a fost adoptat prin rezoluția Consiliului de Securitate al ONU nr. 955 din 8 noiembrie 1994. Statutul a fost modificat și completat printr-o serie de rezoluții dintre care menționăm: rezoluția nr. 977 din 22 februarie 1995; rezoluția nr. 1165 din 30 aprilie 1998; rezoluția nr. 1329 din 30 noiembrie 2000; rezoluția nr. 1411 din 17 mai 2002; rezoluția nr. 1431 din 14 august 2002; rezoluția nr. 1503 din 28 august 2003; rezoluția nr. 1512 din 27 octombrie 2003; rezoluția 1534 din 26 martie 2004; rezoluția nr. 1684 din 13 iunie 2006; rezoluția nr. 1717 din 13 octombrie 2006.

Internațional pentru Rwanda reglementând infracțiunea de genocid este identic în conținut cu textul art. 4 din Statutul Tribunalului Internațional pentru Fosta Iugoslavie. Astfel, comentariile formulate în analiza infracțiunii de genocid reglementată de Statutul Tribunalului Internațional pentru Fosta Iugoslavie sunt pertinente și în analiza art. 2 din Statutul Tribunalului Internațional pentru Rwanda. Referitor la crimele împotriva umanității, remarcăm, din nou, identitatea de conținut între art. 5 din Statutul Tribunalului pentru Fosta Iugoslavie și art. 3 din Statutul Tribunalului pentru Rwanda. Singura diferențiere între cele două texte constă în *reglementarea definiției crimelor împotriva umanității*. Articolul 5 din statutul Tribunalului Internațional pentru Fosta Iugoslavie definește *crimele împotriva umanității* precum *crime comise în cadrul conflictelor armate interne sau internaționale și îndreptate împotriva populației civile* în timp ce art. 3 din Statutul Tribunalului Internațional pentru Rwanda definește *crimele împotriva umanității* în următorii termeni: *crimele comise ca parte a unui atac întins sau sistematic împotriva populației civile pe criterii naționale, politice, etnice, rasiale sau religioase*.

Statutul Tribunalului Internațional pentru Rwanda introduce criteriul săvârșirii crimelor împotriva umanității în contextul unui *atac întins/răspândit sau sistematic*. Doctrina¹ a explicat semnificația *atacului întins și sistematic* astfel: *caracterul întins al atacului se referă la aplicarea atacului la scară largă (accentuând sfera de cuprinde a atacului) iar caracterul sistematic al atacului se referă la natura organizată a actelor de violență – deci, la improbabilitatea ca atacul să aibă caracter arbitrar*. Enumerarea actelor care constituie crime împotriva umanității este aceeași în ambele statute.

În altă ordine de idei, spre deosebire de Statutul Tribunalului Internațional pentru Fosta Iugoslavie care evocă în art. 2 *grave încălcări ale Convențiilor de la Geneva din 1949*, Statutul Tribunalului Internațional pentru Rwanda utilizează în art. 4 o exprimare specifică, reglementând *grave încălcări ale art. 3 comun pentru Convențiile de la Geneva și pentru Protocolul Adițional la Convențiile de la Geneva din 12 august 1949* privind protecția victimelor conflictelor armate fără caracter internațional. Articolul 2 din Statutul Tribunalului Internațional pentru Fosta Iugoslavie nu enumera în categoria *gravelor încălcări ale Convențiilor de la Geneva din 12 august 1949* menționate în art. 2, infracțiuni susceptibile să afecteze drepturile femeilor. Prin comparație, art. 4 din Statutul Tribunalului Internațional pentru Rwanda menționează în categoria *încălcărilor art. 3 comun pentru Convențiile de la Geneva și aferente Protocolului Adițional II*, la lit. e) infracțiuni care sunt comise cu predilecție asupra segmentului feminin al populației precum *ofense aduse demnității personale, în particular tratamente umilitoare și degradante, viol, prostituție forțată și orice formă de atac indecent*.

În lumina dispozițiilor prezentate, putem afirma că protecția drepturilor femeii este consolidată prin dispozițiile Statutului Tribunalului Internațional pentru Rwanda prin comparație cu prevederile Statutului Tribunalului Internațional pentru Fosta Iugoslavie. Statutul Tribunalului Internațional pentru Rwanda introduce protecția drepturilor femeilor în conținutul fiecăruia dintre articolele care reglementează faptele atribuite jurisdicției tribunalului: art. 2, alin. (2) lit. d) – genocidul prin impunerea de măsuri care să prevină nașterile înăuntrul unui anumit grup; art. 3, lit. g) – reglementând violul ca și crimă împotriva umanității și art. 4 lit. e) care stabilește în categoria infracțiunilor rezultate din încălcarea art. 3 din Convențiile de la Geneva și a Protocolului Adițional II – acte care lezează în mod direct drepturile femeii (*ofense aduse demnității personale, în particular tratamente umilitoare și*

¹ United Nations, Department Of Peacekeeping Operations, *op. cit.*, United Nations Publications, New York, 2010, p. 23.

degradante, viol, prostituție forțată și orice formă de atac indecent). Acestea din urmă nu au corespondent în Statutul Tribunalului Internațional pentru Fosta Iugoslavie.

III.3.3. Statutul Curții Penale Internaționale

Statutul Curții Penale Internaționale¹ reglementează în Partea a II-a – *Jurisdicție, Admisibilitate și Drept aplicabil* următoarele categorii de infracțiuni: *genocid – art. 6, crime împotriva umanității – art. 7 și crime de război – art. 8*. Infracțiunea de genocid reglementată în cuprinsul art. 6 are conținutul identic cu cel exprimat în art. 4 din Statutul Tribunalului Internațional pentru Fosta Iugoslavie, respectiv, cu art. 2 din Statutul Tribunalului pentru Rwanda. În definirea crimelor împotriva umanității (art. 7 din Statutul Curții Penale Internaționale) este implementat criteriul *atacului extins și sistematic asupra populației civile* regăsit în art. 3 al Statutului Tribunalului Internațional pentru Rwanda. Articolul 7 din Statutul Curții Penale Internaționale enumeră, cu titlu exemplificativ, în alin. (1) lit. a)-k) principalele crime împotriva umanității, menționând în ipoteza legală cuprinsă la litera g acte de violență sexuală care pot leza drepturile femeilor în situații conflictuale: *viol, sclavie sexuală, prostituție forțată, sarcini forțate, sterilizare forțată sau orice altă formă de violență sexuală comparabilă ca gravitate*.

De asemenea, litera c reglementează în mod expres sclavia. Prevederea cuprinsă în art. 7 alin. (1) lit. g) din Statutul Curții Penale Internaționale exprimă evoluția în reglementare față de prevederile Statutului Tribunalului Internațional pentru Fosta Iugoslavie [art. 5 lit. g)] se limita la a enumera violul din categoria crimelor împotriva umanității care pot afecta femeile) și prin comparație cu prevederile Statutului Tribunalului Internațional pentru Rwanda [art. 3 lit. g)] desemna violul ca și crimă împotriva umanității).

Apreciem că prin comparație cu reglementările statutilor celor două tribunale internaționale, statutul Curții Penale Internaționale prezintă avantajul de a cuprinde în art. 7 alin. (2), o serie de explicații asupra infracțiunilor calificate în alin. (1) precum crime împotriva umanității. Suntem de părere că explicațiile legale oferite în privința crimelor împotriva umanității susceptibile să afecteze în special femeile (precum sclavia sau sarcinile forțate), contribuie la consolidarea cadrului legal al protecției juridice a femeilor în condiții de conflict. În acest context, art. 7 alin. (2) lit. c) definește sclavia ca *exercitarea unor puteri sau a tuturor puterilor derivate din dreptul de proprietate asupra unei persoane, incluzând și exercițiul acestor puteri în traficul de persoane, în special femei și copii*. Articolul 7 alin. (2) lit. f) definește sarcinile forțate precum *ținerea ilegală în captivitate a unei femei pentru a rămâne gravidă cu scopul de a afecta compoziția etnică a unei populații sau pentru a săvârși alte violări grave ale dreptului internațional*.

Finalmente, art. 8 include în categoria *crimelor de război* infracțiuni îndreptate în special împotriva femeilor în perioade de conflict precum *viol, sclavie sexuală, prostituție forțată, sarcini forțate, sterilizare forțată* – a căror reglementare este menționată în două ipoteze legale: art. 8 alin. (2) lit. b), punctul xxii și art. 8 lit. e) pct. vi. Reglementarea infracțiunilor mai sus enumerate în cadrul a două ipoteze legale distincte nu este redundantă ci urmărește protejarea integrității fizice și psihice a femeilor atât în cadrul conflictelor armate interne cât și a conflictelor armate internaționale.

¹ Textul Statutului Curții Penale Internaționale are varianta oficială în documentul A/CONF.183/9 din 17 iulie 1998, corectată prin procesele verbale din 10 noiembrie 1998, 12 iulie 1999, 30 noiembrie 1999, 8 mai 2000, 17 ianuarie 2001 și 16 ianuarie 2002. Statutul a intrat în vigoare la 1 iulie 2002.

IV. Drepturile femeilor în jurisprudența Tribunalului Internațional pentru Fosta Iugoslavie și în Jurisprudența Tribunalului Internațional pentru Rwanda

○ IV.1. Jurisprudența Tribunalului Internațional pentru Fosta Iugoslavie

Perspectiva de gen este luată în considerare în cauza *Anto Furundzija*¹ prin analiza în extenso a infracțiunii de viol înscrisă în categoria crimelor împotriva demnității personale prevăzute în art. 4 par. 2 lit. e) din cel de-al doilea Protocol Adițional al Convențiilor de la Geneva. Înainte de a proceda la analiza legală considerăm necesară prezentarea sintetică a situației de fapt: pe data de 15 mai 1993, martora A – o femeie musulmană a fost reținută de membrii unei unități speciale a poliției militare din cadrul Consiliului de Apărare Croat și adusă la sediul Consiliului. Martora A a fost interogată la scurt timp după aducerea sa la sediul poliției militare de către acuzat care deținea funcția de comandant al Consiliului, în privința activității fiilor săi și a altor bărbați de etnie croată. Pe parcursul interogatoriului, unul dintre soldați a obligat martora să se dezbrace și a amenințat-o cu mutilarea părților intime în cazul în care nu declară adevărul în privința faptelor care făceau obiectul interogatoriului. În continuarea interogatoriului, a fost adus un soldat croat care o cunoștea pe martora A, acesta fiind agresat de același soldat al Consiliului de Apărare Croat care a amenințat-o anterior pe martora A. Soldatul aparținând Consiliului de Apărare Croat a violat-o pe martora A sub privirile acuzatului; ulterior interogatoriului, martora A a fost mutată într-o cămară din sediul Consiliului unde a continuat să fie supusă violurilor și abuzurilor din partea aceluiași soldat care a agresat-o pe parcursul interogatoriului, în prezența acuzatului Anto Furundzija.

Din punct de vedere legal, acuzarea a reținut culpa lui Anto Furundzija în comiterea infracțiunilor de *tortură, viol, crime împotriva demnității personale*, cu toate că, după cum rezultă din elementele de fapt prezentate, acuzatul – deși a asistat nu a fost implicat direct în comiterea actelor de agresiune împotriva victimei A. Reținerea intenției criminale (*mens rea*) în sarcina acuzatului a fost justificată de partea acuzatoare prin ideea conform căreia nu este necesar ca făptuitorul să participe direct în comiterea actelor împotriva victimei deoarece funcția sa de comandant al forțelor de poliție speciale croate îi oferea acestuia autoritate în raporturile cu soldatul care a agresat-o direct pe martora A și în raporturile cu ceilalți soldați. Prezența lui Furundzija în încăperile unde au avut loc actele de tortură, viol și agresiune sexuală asupra victimei și inacțiunea acuzatului, lipsa sa de implicare în stoparea infracțiunilor, încurajările adresate soldatului care comitea actele interzise determină răspunderea individuală a lui Furundzija în temeiul art. 7 par. 1 din Statutul Tribunalului Internațional pentru Fosta Iugoslavie.

Elementele de tortură au fost reținute în sarcina acuzatului având în vedere următoarele argumente: (1) acuzatul a avut intenția de a cauza suferință psihică și fizică martorei A – persoană non-combatantă deținută în custodia forțelor speciale de poliție aparținând Consiliului de Apărare Croat; (2) scopul inducerii suferinței a constat în obținerea de informații militare în contextul conflictului armat dintre forțele independente ale guvernului Bosniei-Herțegovinei și forțele independente ale Consiliului Croat de Apărare – o grupare politică opozantă guvernării; (3) acuzatul a acționat în calitate oficială, în îndeplinirea funcției de comandant al forțelor militare croate; (4) acuzatul nu a participat direct la actele de suferință fizică și psihică produse victimei însă a permis aplicarea agresiunilor de către un soldat din subordinea sa și a cunoscut scopul aplicării actelor de agresiune – obținerea de informații militare, fiind responsabil pentru tortură potrivit principiului *quis per alium facit per se ipsum facere videtur*.

¹ Case No.: IT-95-17/1-T, 10 December 1998.

Reținerea infracțiunii de ofense aduse demnității personale are ca temei legal prevederile art. 4 par. 2 lit. e) din Protocolul Adițional II al Convențiilor de la Geneva în virtutea căruia *sunt interzise infracțiunile asupra demnității personale și, în particular, tratamentele inumane și degradante, violul, prostituția forțată și orice formă de atac indecent*. Reținând ca agresioni la care a fost supusă victima: *impunerea nudității forțate, amenințările de natură sexuală (exempli gratia, amenințarea mutilării părților intime)* – acuzarea identifică infracțiunea de crime asupra demnității personale. Supunerea victimei la relații sexuale forțate de natură vaginală, anală sau orală constituie viol în înțelesul art. 4 par. 2 lit. e) din Protocolul Adițional II al Convenției de la Geneva.

Analizând aspectele conexe infracțiunii de viol, Tribunalul Internațional pentru Fosta Iugoslavie a observat, în comentariile sale jurisprudențiale că deși infracțiunea de viol este interzisă în normele de drept internațional umanitar (art. 3 comun Convențiilor de la Geneva, Protocolul Adițional I și Protocolul Adițional II), nu există norme de drept internațional al drepturilor omului care să interzică în mod expres violul. Menționăm că normele de drept internațional umanitar enumerate anterior au fost ratificate de Bosnia și Herțegovina la 31 decembrie 1992. De asemenea, o altă limită în abordarea legală a infracțiunii de viol la nivelul dreptului internațional constă în *lipsa unei definiții legale*. În consecință, Tribunalul Internațional pentru Fosta Iugoslavie a luat în considerare definiția infracțiunii de viol construită pe cale jurisprudențială de Tribunalul Internațional pentru Rwanda în cauza *Akayesu*. Vom reveni într-o secțiune distinctă a lucrării noastre asupra definiției violului în jurisprudența Tribunalului Internațional pentru Rwanda însă considerăm de interes pentru analiza infracțiunii de viol, în cauza Furundzija, unele aspecte derivate din jurisprudența acestuia. Astfel, *in expressis*, Tribunalul pentru Rwanda a pornit în evaluarea infracțiunii de viol în cauza *Akayesu* de la următoarele premise: (1) elementele centrale ale crimei de viol nu pot fi cuprinse într-o descriere mecanică de obiecte și de părți ale corpului; (2) violul poate fi asimilat torturii întrucât este utilizat în scopul *intimidării, degradării, umilirii, discriminării, pedepsirii, controlării sau distrugerii unei persoane*; (3) similar cu tortura, violul este o încălcare a demnității personale și reprezintă tortură dacă este aplicat de/sau în momentul investigării cu consimțământul sau cunoștința unui oficial public sau a altor persoane care acționează în calitate oficială; (4) violul este definit ca orice invaziune fizică de natură sexuală comisă asupra unei persoane în contextul unor circumstanțe constrângătoare. Tribunalul Internațional pentru Fosta Iugoslavie a avut în vedere aspectele indicate de Tribunalul Internațional pentru Rwanda în materia violului însă avansează o definiție mai complexă a infracțiunii de viol, orientată exclusiv asupra surprinderii particularităților *actus reus*. Conform acuzării formulate de procuratură în etapa scrisă a procedurilor, violul *este un act forțat îndeplinit prin forță sau amenințarea cu forța asupra victimei sau asupra unei terțe persoane – amenințările fiind explicite sau implicite, – iar victima trebuie să se găsească, urmare a amenințărilor și constrângerilor, într-o stare de teamă cu privire la supunerea sa sau a unei terțe persoane la violență, detenție, constrângere, sau opresiune psihologică*. Propriu-zis actul constă în *penetrarea vaginului, a anusului sau a gurii cu penisul sau penetrarea anusului sau a vaginului cu un alt obiect*. Referindu-se la gravitatea infracțiunii de viol, în cauza Furundzija, Tribunalul pentru Fosta Iugoslavie, identifică multiple dimensiuni juridice ale violului, extrase din reglementările Statutului său și din dispozițiile Convențiilor de la Geneva. Conform par. nr. 172 din hotărârea pronunțată de Tribunalul pentru Fosta Iugoslavie în cauza Anto Furundzija, violul este prevăzut în mod expres în art. 5 lit. g) din statutul Tribunalului pentru Fosta Iugoslavie astfel încât nu poate fi negată calificarea juridică a violului precum *crimă împotriva umanității*. Violul poate fi calificat, în egală măsură, ca și o gravă violare a articolului comun nr. 3¹ din Convențiile

¹ Conform art. 3 din Convențiile de la Geneva, par. 1: sunt și rămân prohibite, oricând și oriunde, cu privire la persoanele menționate mai sus: a) *atingerile aduse vieții și integrității corporale, mai ales omorul*

de la Geneva sau ca un act de genocid – dacă sunt reunite condițiile legale prevăzute în art. 2 din Statutul Tribunalului pentru Fosta Iugoslavie.

În cauza *Kunarac, Kovac, Vukovic*¹ crimele împotriva onoarei și demnității femeilor au fost evaluate cu mai multă atenție de către Tribunalul Internațional pentru Fosta Iugoslavie, fiind avansate modele de analiză și interpretare juridică mult mai complexe decât cele din speța *Furundzija*. În partea introductivă a speței, Tribunalul Internațional prezintă contextul socio-juridic pe fondul căruia s-au desfășurat evenimentele: în perioada aprilie 1992-februarie 1993, în provincia Foca au avut loc conflicte armate între bosniacii musulmani și sârbii bosniaci, fapt care a condus la uciderea, violul și abuzul populației civile din zonă. Acuzații, în calitate de soldați activi în forțele militare sârbe, au acționat împotriva victimelor din rândul populației civile. Acțiunile aferente conflictului armat au avut ca obiectiv *epurarea etnică a zonei* prin eliminarea populației non-sârbe din regiune. Atacul a fost îndreptat în special împotriva femeilor bosniace musulmane – deținute în condiții neigienice, inumane în diverse locații improvizate din zonă precum Școala Kalinovik, Liceul Foca, Hala Sportivă Partizan. În aceste locații, femeile erau violate sistematic și supuse la acte contrare demnității lor cu intenția de a menține controlul asupra populației civile prin subordonarea fizică și psihologică a acestora.

În privința lui Dragoljub Kunarac, Tribunalul Internațional a reținut vinovăția acestuia cu privire la 11 capete de acuzare săvârșite prin încălcarea art. 3 și 5 din Statutul Tribunalului constând în încălcări ale legilor și cutumelor de război (între care enumerăm tortura și violul) și crime împotriva umanității (în rândul cărora Tribunalul recunoaște tortura, violul, sclavia). Referitor la cursul evenimentelor și la încadrarea juridică a faptelor, Tribunalul Internațional stabilește că au fost reținute în sarcina lui Dragoljub Kunarac, dincolo de orice îndoială rezonabilă, următoarele: (1) cu privire la capetele de acuzare 1 și 4 constând în crime împotriva umanității (tortură și viol) și încălcări ale legilor și cutumelor de război (tortură și viol), s-a dovedit că acuzatul a adus victimele FWS-75 și D.B în sediul central Ulica Osmana Dikica nr. 16 unde Kunarac a violat-o pe D.B și a contribuit prin acte de ajutor și înlesnire, la violarea lui FWS-75 de către soldații aflați în subordinea sa; (2) pe data de 2 august, la același sediu menționat anterior, Kunarac a violat-o pe FWS-87 și a contribuit la facilitarea actelor de tortură și viol săvârșite de soldații din subordinea sa asupra lui FWS-87, FWS-75, FWS-80; (3) cu privire la capetele de acuzare 9 și 10 (crime împotriva umanității prin comiterea infracțiunii de viol și încălcarea legilor și cutumelor de război prin comiterea infracțiunii de viol) s-a reținut că acuzatul a obligat-o pe FWS-87 să îl însoțească la domiciliul său din Miljevina unde a forțat-o pe aceasta să întrețină relații sexuale; (4) în legătură cu capetele de acuzare 11 și 12 referitoare la violarea legilor și cutumelor de război prin tortură și viol, Kunarac, ajutat de doi soldați din subordinea sa, a amenințat-o pe FWS-183 că o va uide pe ea și pe fiul său dacă nu va mărturisi sprijinul acordat forțelor musulmane inamice și cu această ocazie a violat-o pe FWS-183; (5) capetele de acuzare 18-20 referitoare la comiterea de crime împotriva umanității sub forma violului și sclaviei și la încălcarea regulilor și cutumelor de război sub forma violului au fost dovedite prin răpirea, sechestrarea, violarea și ținerea în sclavie, de către Kunarac și de către un soldat din subordinea sa a victimelor FWS-191 și FWS-186.

Radomir Kovac a fost găsit vinovat pentru crime împotriva umanității sub forma violului și sclaviei și pentru încălcarea legilor și cutumelor de război prin comiterea actelor de viol. În

sub toate formele, mutilările, cruzimile, torturile și chinurile; b) luările de ostatici; c) atingerile aduse demnității persoanelor, mai ales tratamente umilitoare și înjositoare; d) condamnările pronunțate și execuțiile efectuate fără o judecată prealabilă, dată de un tribunal constituit în mod regulat, însoțită de garanții judiciare recunoscute ca indispensabile de către popoarele civilizate.

¹ Case no. IT-96-23&IT-96-23/1-A, 12 June 2002.

acest sens, deținerea victimelor de gen feminin A.S., A.B, FWS-87, FWS-75, în locuința lui Kovac din clădirea Lepa Brena și exploatarea acestora în modul dorit de acuzat prin exercitarea asupra victimelor a tuturor atributelor dreptului de proprietate echivalează cu infracțiunea de sclavie. Supunerea victimelor la întreținerea de relații sexuale fără acordul lor este calificată ca viol. De asemenea, Kovac încuraja alți soldați să întrețină relații sexuale cu victimele, cunoscând opoziția acestora din urmă. În sarcina lui Kovac, au fost reținute inclusiv *crime împotriva demnității personale* – în această categorie fiind incluse actele acuzatului constând în obligarea victimelor A.S, A.B., FWS-87 și FWS-75 să danseze goale în prezența altor soldați sau actele constând în vânzarea victimelor.

În sarcina lui Zoran Vukovic au fost reținute infracțiunile de crime împotriva umanității (sub forma violului și torturii) și infracțiunile de încălcare a legilor și cutumelor războiului (sub forma torturii și violului) pentru fapta de a priva de libertate și de a obliga victima FWS-50 la a întreține relații sexuale.

Din punct de vedere juridic, cadrul legal descris în speța *Kunarac, Kovac, Vukovic*, introduce în discuție definiția *sclaviei*. Față de acuzațiile de sclavie formulate de reprezentanții Tribunalului Internațional cu privire la sechestrarea și exercitarea prerogativelor de proprietate asupra victimelor de sex feminin de către Kunarac, Kovac și Vukovic, cei din urmă au formulat contestații. Contestațiile acuzaților referitoare la reținerea infracțiunii de sclavie împotriva lor sunt argumentate astfel: (1) este necesară dovedirea clară a lipsei de consimțământ a victimelor relativ la comportamentul aplicat de acuzați; (2) în al doilea rând, acuzații au argumentat că pentru a exista infracțiunea de sclavie, perioada de timp în care au fost sechestrate victimele și supuse la abuzuri trebuie să fie îndelungată; (3) finalmente, acuzații au argumentat că nu poate exista infracțiunea de sclavie deoarece, din punct de vedere subiectiv, trebuie să fie dovedită *mens rea* – intenția acuzaților de a deține victimele în stare de reclusiune, în apartamentele proprietate personală, cu scopul de a le utiliza pentru propriile dorințe (inclusiv de natură sexuală). Acuzații solicită Tribunalului eliminarea capătului de acuzare referitor la *sclavie* întrucât nu au fost dovedite de procuror toate cerințele arătate mai sus a căror întrunire cumulativă este necesară.

Tribunalul Internațional pentru Fosta Iugoslavie a răspuns punctual la argumentele susținute de acuzați. În paragraful 116 din Hotărârea Finală în cauză, Tribunalul a subliniat că infracțiunea de sclavie ca și crimă împotriva umanității, este definită la data formulării acuzării în sensul *exercitării asupra unei persoane a tuturor puterilor derivate din dreptul de proprietate. Actus reus* în cazul infracțiunii de sclavie trebuie interpretat în sensul *exercitării tuturor puterilor derivate din dreptul de proprietate sau a unor puteri derivate din dreptul de proprietate*, în timp ce *mens rea* semnifică *intenția în promovarea comportamentului criminal descris anterior*. În privința modului corect de interpretare a sclaviei ca și crimă împotriva umanității, Tribunalul Internațional pentru Fosta Iugoslavie adoptă o interpretare extensivă, menționând că sclavia – calificată ca și crimă împotriva umanității – trebuie să se raporteze la crima de sclavie astfel cum aceasta a fost definită în Convenția privitoare la sclavie din 1926¹, însă trebuie să cuprindă și alte forme moderne de sclavie care nu au fost incluse în instrumentele internaționale.

În par. 119 din Hotărârea Finală, Tribunalul exemplifică modul în care poate exista infracțiunea de sclavie în accepțiunea modernă a termenului: *controlul exercitat asupra libertății de mișcare a unei persoane, controlul psihologic al unei persoane, controlul sexualității unei persoane, supunerea acesteia la muncă forțată ș.a.* În privința consimțământului victimelor

¹ Convenția a fost semnată la Geneva în 1926 și a intrat în vigoare în 1927. Textul Convenției a fost amendat prin Protocolul ONU adoptat la New York, la 7 decembrie 1953. În forma amendată, Convenția a intrat în vigoare la 7 iulie 1955. România a ratificat Convenția prin Decretul nr. 988, publicat în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 76 din 1 aprilie 1931.

– susținut de acuzați prin posibilitatea victimelor de a evada din locul în care erau deținute având în vedere că victimele aveau libertate de mișcare în interiorul locului respectiv iar ușile locului de deținere erau deschise – Tribunalul decide să nu ia în considerare acest argument întrucât nu are legătură directă cu faptele. În opinia Tribunalului, crima de sclavie nu pune în discuție consimțământul victimei ca element central (cum este cazul infracțiunii de viol). Crima de sclavie constă în analiza modulului în care o persoană a exercitat în totalitate sau în parte atribuțiile dreptului de proprietate asupra altei persoane. Cu toate acestea, Tribunalul consideră că aspectele relative la consimțământul victimelor pot fi luate în considerare pentru a stabili *gradul* în care au fost exercitate atribuțiile dreptului de proprietate asupra victimelor. Față de susținerile acuzaților, Tribunalul stabilește că lipsa consimțământului poate rezulta din evaluarea integrală a faptelor cauzei. Imposibilitatea victimelor de a-și exprima consimțământul în mod valid, liber și nevițiat prin supunerea acestora la control psihologic echivalează lipsei consimțământului.

În privința susținerilor acuzaților referitoare la *deținerea victimelor pe o perioadă extinsă de timp* sau la *mens rea existentă în supunerea victimelor la abuzuri sexuale pe o perioadă prelungită de timp* – acestea nu au fost luate în considerare de Tribunalul Internațional în calificarea sclaviei. Mai mult decât atât, referințele la cauza *Pohl*¹, sunt suficiente pentru a sublinia esența sclaviei: privarea de libertate a victimelor fără temei legal și desfășurarea de muncă obligatorie neplătită indiferent de natura acesteia. Tortura, tratamentele crude, inumane sau degradante, barbaria sau atrocitatea actelor comise asupra victimelor în perioada de reclusiune nu sunt relevante în identificarea infracțiunii.

În legătură cu alegațiile conexe infracțiunii de viol, acuzații formulează o obiecție bazată pe *presupunerea consimțământului implicit al victimei*. Conform susținerilor acuzaților, nu există infracțiune de viol atât timp cât opoziția victimelor nu a fost constantă pe parcursul actului sexual. Pentru a răspunde obiecțiunilor formulate de acuzați, Tribunalul Internațional reiterează accepțiunea sa asupra crimei de viol în ambele elemente constitutive – *actus reus* și *mens rea*. Tribunalul a stabilit că în reglementările de drept internațional *actus reus* în infracțiunea de viol constă în: *penetrarea sexuală, oricât de mică, (a) a vaginului, anusului victimei cu organul genital al agresorului sau cu orice alt obiect dacă această penetrare se petrece în lipsa acordului victimei; (b) penetrarea cavității orale a victimei cu penisul făptuitorului dacă această penetrare sexuală se petrece fără consimțământul victimei. Consimțământul în acest scop trebuie să fie dat în mod voluntar, ca rezultat al liberei voințe a victimei, evaluată în contextul circumstanțelor. Mens rea constă în intenția de a efectua penetrare sexuală și cunoașterea faptului că penetrarea se produce fără consimțământul victimei*².

În explicațiile oferite asupra infracțiunii de viol, Tribunalul Internațional subliniază aspectele de constrângere psihologică, stabilind că *existența constrângerii fizice nu constituie o condiție sine qua non a infracțiunii de viol*. În raportul dintre constrângere și consimțământ, forța fizică este un element mai facil de dovedit însă constrângerea psihologică implică, în egală măsură, existența infracțiunii. Circumstanțele care pot exercita presiuni psihologice asupra victimelor nu se rezumă la răpirea și sechestrarea lor – deși acestea sunt aspecte care pot fi luate în considerare în aprecierea existenței constrângerii psihice a victimelor. Adicional, statutul victimelor de a aparține populației civile și de a fi ținute în captivitate de către soldații forțelor armate inamice poate constitui un element care exercită presiune psihică asupra victimelor, contribuind la anihilarea consimțământului liber și nevițiat.

Acuzații au obiectat inclusiv la calificarea acțiunilor de viol ca tortură. Ei au susținut că în comiterea actelor de viol, nu au urmărit îndeplinirea scopului interzis prin lege precum *obținerea de mărturisiri din partea victimelor, informații sau pedepsirea, intimidarea, constrân-*

¹ *US v Oswald Pohl and Others*, Judgement of 3 November 1947, reprinted in *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council No. 10*, Vol 5, (1997), pp. 958-970.

² Paragraful 460 din hotărârea judecătorească.

gerea victimei sau a unei terțe persoane sau pentru a discrimina indiferent de criteriul utilizat. Acuzații au declarat că scopul urmărit prin actele de viol a fost reprezentat de obținerea satisfacției sexuale. Pornind de la definiția torturii cuprinsă în Convenția împotriva Torturii și luând în considerare jurisprudența Tribunalului Internațional pentru Rwanda, Tribunalul Internațional pentru Fosta Iugoslavie a recunoscut 3 elemente constitutive ale infracțiunii de tortură: (1) producerea, prin acțiune sau omisiune, a unei dureri profunde, sau a unei suferințe fizice sau mentale; (2) acțiunea sau omisiunea trebuie să fie comise cu intenție; (3) acțiunea sau omisiunea trebuie să fie îndreptată către obținerea de informații, mărturisiri, către pedepsirea, intimidarea sau constrângerea victimei sau a unei terțe persoane sau către *discriminarea victimei sau a unei terțe persoane independent de criteriul discriminatoriu implementat.* Tribunalul a invalidat obiecțiunile acuzaților, clarificând temeiul în funcție de care a adoptat rezoluția de a asimila actele de viol actelor de tortură: caracterul sistematic al violurilor săvârșite de cei trei acuzați având calitatea de soldați sârbi împotriva victimelor femei aparținând religiei musulmane (aparținând populației civile a părții adverse) demonstrează caracterul discriminatoriu al violului. De asemenea aspectul conform căruia acuzații au urmărit prin actele comise satisfacția sexuală nu îi exonerează pe aceștia de răspunderea asumată pentru actele de tortură deoarece, în opinia Tribunalului Internațional, actele de suferință fizică și psihică resimțite de victime ca urmare a violului sunt asimilate, din punctul de vedere al intensității, cu suferințele produse de actele de tortură.

Condamnarea la ofense aduse demnității personale reprezintă, din punctul nostru de vedere, echivalentul condamnării *reificării femeilor*. Circumstanțele de fapt care au fost calificate din punct de vedere juridic precum *ofense îndreptate împotriva demnității personale* constau în supunerea victimelor la nuditate, la agresiuni sexuale din partea altor soldați, la acte de împrumut sau de vânzare către alți soldați. În relație cu acest capăt de condamnare, acuzații au invocat *lacuna din activitatea Tribunalului Internațional întrucât acesta nu a avansat, pe cale jurisprudențială, o definiție aferentă ofenselor aduse demnității personale*. Lipsa unei definiții jurisprudențiale nu trebuie să fie privită ca o lacună care limitează posibilitatea calificării corecte a faptelor. Tribunalul s-a pronunțat cu privire la obiecțiunile formulate de acuzați în această privință în sensul în care definirea ofenselor aduse demnității personale nu este necesară. Sunt acte care constituie *actus reus* al infracțiunii orice acte care în mod obiectiv pot fi apreciate ca lezând demnitatea umană. În corelație, *mens rea* există dacă făptuitorul în mod obiectiv, rezonabil, putea anticipa efectele contrare demnității umane pe care le produce acțiunea sau inacțiunea sa.

○ IV.2. Jurisprudența Tribunalului Internațional pentru Rwanda

În cauza Akayesu¹, Tribunalul Internațional pentru Rwanda a analizat infracțiunile de violență sexuală comise pe criterii etnice asupra femeilor Tutsi de către poliția militară a părții adverse – Hutu. La epoca faptelor, Jean Paul Akayesu deținea funcția de conducere a comunei Taba și în acest scop exercita funcții executive și funcții de menținere a ordinii publice, aflându-se în directă subordonare a prefectului. În virtutea funcției publice de conducere, Akayesu exercita controlul deplin asupra forțelor de poliție și asupra forțelor de jandarmerie.

În perioada 1 ianuarie-31 decembrie 1994, pe teritoriul statului Rwanda și în locațiile apropiate, au avut loc acte de violență exercitate de membrii populației majoritare Hutu împotriva minoritarilor Tutsi, scopul final constând în epurarea etnică. Conform evidențelor publice, în perioada 7 aprilie-sfârșitul lunii aprilie, grupuri de civili de etnie Tutsi au urmărit să se refugieze în interiorul biroului comunal al comunei Taba, însă aceștia au fost supuși la acte de violență și la amenințări cu violența, iar femeile și fetele au fost supuse la violuri și alte agresiuni sexuale.

¹ Case No. ICTR-96-4-T, 2 September 1998.

Dimensiunea violenței sexuale este riguros articulată în cauza Akayesu. Prin audierea martorelor H, OO, NN, JJ, KK, J, Tribunalul Internațional pentru Rwanda a ajuns la concluzia conform căreia actele de violență sexuală au deținut cea mai extinsă pondere în cadrul violențelor exercitate asupra femeilor de etnie Tutsi iar violențele sexuale au fost comise, în majoritate, de poliția specială Interahamwe de etnie Hutu. Victimele au mărturisit cum au fost selectate, în repetate rânduri, alături de alte femei și fete Tutsi, pentru a fi violate de soldații forțelor adverse – atât în biroul comunal din Taba, cât și în alte locații din comuna Taba precum Casa de Cultură Locală. Deși acuzatul Jean Paul Akayesu nu a comis direct violențele sexuale (manifestate sub forma violurilor și a ofenselor aduse demnității umane), acesta, potrivit relatărilor victimelor, avea cunoștință de actele de violență exercitate de forțele de poliție și de jandarmerie din subordinea sa. Mai mult decât atât, având ca fundament declarațiile martorilor, Tribunalul Internațional pentru Rwanda a reținut participarea acuzatului la facilitarea comiterii infracțiunilor de violență sexuală în cele două forme menționate în rândurile de mai sus prin încurajări adresate soldaților și prin supravegherea comiterii actelor de violență. Observăm în acest punct asemănarea cu *modul de analiză a responsabilității individuale a persoanelor aflate în funcții de conducere pentru faptele indivizilor din subordine* promovat de Tribunalul Internațional pentru Fosta Iugoslavie. În cauza Akayesu, Tribunalul Internațional pentru Rwanda a identificat *responsabilitatea individuală* a lui Jean Paul Akayesu pentru faptele săvârșite de soldații din subordinea sa, în temeiul art. 6 alin. (1) și 3. Dispozițiile alin. (1) sunt aplicabile, fiind demonstrată implicarea lui Akayesu în comiterea faptelor de violență sexuală prin încurajarea și asistarea soldaților în îndeplinirea acestora. Alineatul (3) al art. 6 menționează *in expresis* culpa individului exercitând funcția de conducere pentru faptele indivizilor aflați în subordine sub condiția ca responsabilul cu exercitarea funcției de conducere să cunoască sau să aibă motive să fi cunoscut comiterea faptelor interzise de către soldații din subordinea sa și să nu fi luat măsuri necesare și rezonabile pentru a-i pedepsi pe făptuitori.

În analiza infracțiunii de viol, Tribunalul Internațional pentru Rwanda a statuat că *violul* poate fi o formă de exercitare a infracțiunii de genocid, în dimensiunea juridică menționată în art. 2 alin. (2) lit. d). Tribunalul a reținut în urma mărturiei victimelor că unele dintre femeile Tutsi au fost supuse sarcinilor forțate în urma violurilor astfel încât să se împiedice nașterea de copii având ambii părinți aparținând comunității Tutsi. De asemenea, luând în considerare mărturiile acceptate de Tribunalul Internațional pentru Rwanda, s-a ajuns la concluzia că violul a fost folosit în faptele expuse în speță precum un instrument de genocid. Femeile Tutsi erau reunite și violate în apropierea cimitirelor comune pentru a fi mai ușor transportate în urma uciderii. Actele de viol au fost comise cu intenția de a produce suferință fizică și mentală asupra femeilor din grupul Tutsi în scopul distrugerii grupului Tutsi din considerente etnice. Violul, actele de mutilare, de supunere la tratamente crude, inumane sau degradante, constau în mijloace pentru obținerea scopului final al distrugerii grupului etnic Tutsi. Referindu-se la cadrul legal avansat de art. 3 lit. g), Tribunalul remarcă lipsa unei definiții în dreptul internațional a *infracțiunii de viol*. În cauza Akayesu par. 597-598, Tribunalul subliniază imposibilitatea surprinderii *actus reus* și *mens rea* specifice infracțiunii de viol într-un mecanism descriptiv al obiectelor și părților corporale implicate. În consecință, definiția jurisprudențială acordată infracțiunii de viol este riguroasă și concisă: *invaziunea fizică de natură sexuală comisă asupra unei persoane în circumstanțe care sunt coercitive*. Meritul Tribunalului Internațional pentru Rwanda constă, din punctul nostru de vedere, în realizarea distincției teoretice dintre *viol* și *violență sexuală*: violul constă în invaziunea fizică de natură sexuală comisă asupra unei persoane în circumstanțe coercitive, fiind inclus în sfera de cuprindere a *violenței sexuale*. Aceasta din urmă reprezintă orice act de natură sexuală comis în circumstanțe coercitive. Raportându-ne la situația faptică dovedită, violența sexuală (incluzând violul) constituie crimă împotriva umanității conform art. 3 din Statutul Tribunalului pentru Rwanda. Argumentele utilizate în calificarea violului ca și crimă împotriva umanității sunt: violul are caracter extins, sistematic, victimele au fost femei aparținând populației civile, iar criteriul

discriminatoriu a fost demonstrat prin îndreptarea agresiunilor sexuale asupra femeilor de etnie Tutsi. Pentru exemplificarea violenței sexuale, Tribunalul indică actele la care a fost supusă martora KK – aceasta fiind forțată să se dezbrace și să facă gimnastică în fața soldaților care agresau femeile Tutsi. De asemenea, Tribunalul susține că natura constrângătoare a circumstanțelor în care au fost comise actele nu trebuie să fie dovedită deoarece constrângerea are o sferă de cuprindere mai largă decât actele fizice. Astfel, conform paragrafului 688 din hotărârea pronunțată în cauza Akayesu, constrângerea poate fi aplicată prin amenințarea victimei, prin șantaj sau intimidare.

În lumina celor prezentate, Tribunalul Internațional pentru Rwanda identifică în sarcina acuzatului infracțiunea de crime împotriva umanității în ipoteza legală evocată în art. 3 lit. g) din Statut – viol și în ipoteza legală evocată în art. 3 lit. i) din Statut – alte acte inumane. Actele de violență sexuală, altele decât violul, au fost încadrate ca încălcări ale art. 3 lit. i) – alte tratamente inumane, ca încălcări ale art. 4 lit. e) – ofense aduse demnității personale, precum și ca încălcări ale art. 2 par. 2 lit. b) – producerea unui prejudiciu serios fizic sau mental membrilor unui grup.

Cauza *Alfred Musema*¹ reiterează unele aspecte juridice dezbătute în cauza *Akayesu*. Cele două cauze se aseamănă din punctul de vedere al circumstanțelor în care s-au desfășurat faptele – genocidul din Rwanda din perioada 1 ianuarie – 31 decembrie 1994. În mod concret, faptele analizate în cauza *Musema* s-au desfășurat în perioada cuprinsă între lunile aprilie-iunie 1994, în contextul animozităților dintre grupul etnic majoritar Hutu și grupul etnic minoritar Tutsi. Din punct de vedere juridic, Alfred Musema a fost găsit vinovat, *inter alia*, de *crime împotriva umanității* prin încălcarea art. 3 lit. g) din statutul Tribunalului Internațional pentru Rwanda care reglementează violul.

În cauza dată, analiza jurisprudențială a infracțiunii de viol aduce o particularitate în privința *responsabilității juridice a făptuitorului*. Tribunalul i-a stabilit vinovăția lui Alfred Musema prin reținerea, în sarcina acestuia, atât a elementului material al infracțiunii de viol săvârșit în mod direct și nemijlocit de acesta cât și a elementelor materiale ale infracțiunilor de viol săvârșite de persoane aflate în subordinea sa. În cea de-a doua ipoteză, răspunderea juridică a acuzatului a fost stabilită în temeiul art. 6 alin. (1) și 3 din Statutul Tribunalului Internațional pentru Rwanda. Suntem de părere că unele comentarii suplimentare se impun în legătură cu aspectul legat de *răspunderea juridică a acuzatului pentru faptele indivizilor din subordinea sa*. Spre deosebire de cauza *Akayesu* în care acuzatul îndeplinea atribuții publice care, prin natura lor îi ofereau acestuia controlul direct asupra forțelor de ordine (respectiv asupra forțelor de poliție militarizate și asupra forțelor de jandarmerie), în cauza *Musema*, acuzatul nu îndeplinește funcții care să fie susceptibile prin natura lor să stabilească relații ierarhice cu alți indivizi. Prin raportare la situația de fapt descrisă în speță, Musema exercita funcția de director al unei fabrici de ceai de la nivel regional, în Gisovu – aspect care exprimă autoritatea de natură economică a acuzatului. Funcția economică deținută de acuzat a contribuit la constituirea autorității lui Alfred Musema pe plan local. Cu alte cuvinte, autoritatea acuzatului asupra altor indivizi rezultă din reprezentarea mentală colectivă a poziției privilegiate deținută de Musema. În par. 872 din hotărârea pronunțată în cauză, expertul André Guichaoua a clarificat poziția de autoritate a acuzatului prin sublinierea faptului conform căruia având în vedere condițiile economice precare ale regiunii în care era amplasată fabrica de ceai condusă de acuzat, poziția economică a acestuia de director de fabrică poate fi asimilată unei poziții de conducere. Formula utilizată de expertul Guichaoua pentru a demonstra autoritatea socială a lui Musema constă în abilitatea acestuia din urmă de a *cumpăra pacea*

¹ Case No. ICTR-96-13-A, 27 January 2000.

socială întrucât de puterea sa de a angaja indivizi din regiune depindea posibilitatea populației de a plăti taxele locale, fiind astfel creat un sentiment extins de solidaritate.

În cauza *Musema* au existat multiple alegații în privința comiterii crimei de viol asupra femeilor Tutsi de către acuzat sau în privința încurajării, de către acuzat, a altor indivizi aparținând grupării Hutu, de a viola femeile Tutsi. În pofida acestui fapt, Tribunalul nu a reținut majoritatea alegațiilor formulate în acest sens ca fiind veridice întrucât acestea nu au putut fi demonstrate dincolo de orice îndoială rezonabilă.

Alegațiile de viol ale martorului N au fost considerate întemeiate de Tribunalul Internațional în privința faptelor comise pe data de 13 mai 1994 împotriva unei femei Tutsi pe nume Nyiramusugi. Martorul N a susținut că la data indicată anterior l-a văzut pe acuzat în zona colinei Muyira. Acuzatul s-a adresat unui polițist pe nume Ruhindura pentru a afla dacă, în urma atacului anterior organizat în zonă de grupul Hutu, a fost omorâtă Nyiramusugi. După ce a aflat că femeia este în viață, Musema i-a dat indicații polițistului să o aducă mai întâi la el. Victima a încercat să scape însă a fost urmărită de 4 indivizi care răspundeau ordinelor date de Musema și a fost adusă la acesta din urmă. Victima a fost imobilizată și violată de Musema și de ceilalți 4 indivizi. Fiind întrebat de ce victima a fost lăsată în viață în urma violului, martorul N a declarat că una dintre strategiile aplicate de grupul Hutu consta în violarea victimelor până în punctul în care agresorii considerau că victima este într-o stare suficient de gravă încât va muri dacă nu i se acordă îngrijiri medicale.

Din punct de vedere legal, actele comise asupra lui Nyiramusugi pot fi calificate precum *crime împotriva umanității* în forma reglementată de art. 3 lit. g) din Statutul Tribunalului Internațional pentru Rwanda. Tribunalul a subliniat că se înscriu în categoria faptelor demonstrate dincolo de orice îndoială rezonabilă actele de violență sexuală sub forma violului exercitate asupra victimei. De asemenea, aceste acte se înscriu într-un atac sistematic și extins îndreptat împotriva populației civile de etnie Tutsi. Integrarea violului lui Nyiramusugi în categoria atacului îndreptat împotriva populației Tutsi sau calificarea violului ca o parte a atacului îndreptat împotriva populației Tutsi este susținută de observația martorului N conform căruia înainte de viol Musema a declarat că urmărește să anihileze mândria grupului Tutsi. În acest context există evidențe clare care dovedesc intenția acuzatului de a cauza un rău serios, de natură fizică sau mentală, membrilor grupului Tutsi-aspect reglementat de art. 2 alin. (2) lit. b) din Statutul Tribunalului, în cadrul infracțiunii de genocid.

V. Inițiative la nivel internațional în domeniul drepturilor femeilor. Unele considerații privind integrarea factorului cultural

○ V.1. *Analiză substanțială a corelației dintre drepturile culturale și drepturile femeilor conform parametrilor de referință ai Raportorului Special ONU în domeniul drepturilor culturale*¹

În comunitatea internațională modernă, încălcarea drepturilor femeii prin instrumentarea factorului cultural devine un element care se insinuează din ce în ce mai pregnant, reclamând o modificare de paradigmă. Conștientizând limita pe care practicile culturale o generează în procesul de protejare și promovare a drepturilor femeii, mecanismele specializate de la nivelul

¹ Perspectiva oficială a Organizației Națiunilor Unite în problematica raportului dintre factorul cultural și drepturile femeilor este dezvoltată în lucrarea *Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights by the Special Rapporteur in the field of cultural rights, Farida Shaheed, in accordance with Human Rights Council resolution 19/6, 10 august 2012.*

Organizației Națiunilor Unite au elaborat strategii de acțiune în scopul re-poziționării femeii – ca subiect de drept, titular de prerogative și de obligații-vis-a-vis de dilema gestionării factorului cultural. Atitudinea de negare și subordonare a prerogativelor feminine prin prisma instrumentului cultural nu este în consens cu abordarea modernă și democratică asupra drepturilor omului dat fiind faptul că neagă înseși esența egalității. Pe de altă parte, supraestimarea drepturilor femeii și neglijarea factorului cultural determină carențe la nivelul *garantării identității culturale și spirituale a popoarelor*. Între problema feminină și problema culturală, comunitatea internațională a propus calea de acțiune prin care femeile își asumă un rol activ în construcția culturală, fiind ele însele subiecte creatoare de cultură și modelatoare ale practicilor culturale calificate de standardele civilizate ca *nocive pentru drepturile omului*.

Dând curs Rezoluției Consiliului Drepturilor Omului nr. 19/61, Raportorul Special în domeniul drepturilor culturale a formulat un raport având ca obiect *consolidarea nivelului de implementare a drepturilor culturale prin creșterea gradului de implicare al femeilor în acest proces*².

Acceptiunea oficială avansată de Comitetul Drepturilor Economice, Sociale și Culturale asupra sferei de conținut a *dreptului de a lua parte la viața culturală* conciliază exigențele respectării drepturilor femeilor cu cerințele recunoașterii și promovării identității culturale și a patrimoniului cultural.

În conformitate cu prevederile paragrafului nr. 15 din Comentariul General nr. 21 al Comitetului Drepturilor Economice, Sociale și Culturale³ *dreptul de a lua parte la viața culturală reunește, în conținutul său, 3 dimensiuni distincte: (1) dreptul de a participa la viața culturală; (2) dreptul de a avea acces la viața culturală; (3) dreptul de a contribui la viața culturală*. Aceste dimensiuni se cuvine să fie înțelese atât în forma pozitivă – care presupune implicarea subiectelor de drept prin adoptarea unei atitudini active, *in faciendo*, cât și în formă negativă-manifestată prin exercitarea *in abstinendo* a celor 3 dimensiuni (a nu participa la viața culturală; a nu accesa viața; a nu contribui la viața culturală).

Raportându-ne la segmentul feminin, dreptul de a lua parte la viața culturală face trimitere la *participare, accesare, contribuire* – atribute care pot fi exercitate în sens pozitiv sau în sens negativ.

Explicația complexă atașată *dreptului de a lua parte la viața culturală* acordă femeilor *libertate decizională* dar și *libertate creatoare*. Interpretând în sens extensiv dreptul de a lua parte la viața culturală, femeile pot opta pentru afirmarea (sau pentru negarea) unei anumite identități culturale și, de asemenea, pot atribui semnificație culturală unor anumite acțiuni, fapte, circumstanțe. De aici, posibilitatea recunoscută legal de a infirma anumite practici culturale, apreciate ca fiind nocive pentru femei și înființarea și promovarea altor practici achiesate de majoritatea feminină. Menținerea unei balanțe juste între interesul colectiv și interesul sectorial (al segmentului feminin al populației) nu constă în desconsiderarea *de plano*, de către societatea extinsă, a unor practici, ritualuri sau tradiții ci rezidă în *libertatea de apreciere acordată femeilor în relație cu acele manifestări prezumate de comunitate ca fiind dăunătoare sau potențial nocive pentru femei*. Cu alte cuvinte, implicarea activă a femeilor la construirea universului cultural al comunității de apartenență este evidențiată prin *ipostazierea*

¹ Adoptată la data de 22 martie 2012 susține procedura desemnării Raportorului Special în domeniul drepturilor culturale; procedura a fost instituită de Consiliul Drepturilor Omului prin Rezoluția 10/23 pentru o perioadă de 3 ani; ulterior, în anul 2015, procedura a fost extinsă pentru un mandat de 3 ani prin Rezoluția 28/9 pentru ca prin Rezoluția 37/12 adoptată în anul 2018, procedura să fie extinsă pentru un nou mandat de 3 ani.

² Sixty-seventh session Item 70 (b) of the provisional agenda Promotion of human rights: human rights questions, including alternative approaches for improving the effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms.

³ General Comment No. 21 (2009) on the right of everyone to take part in cultural life, para. 15.

femeilor în calitate de decidenți raționali – apți de a exclude din sfera conduitelor agreeate de societate comportamentele care instituie și susțin marginalizarea femeilor din procesele și mecanismele sociale.

Asumarea interpretării extensive a dreptului de a lua parte la viața culturală produce o schimbare în modul de percepere a imaginii feminine în procesul de creare a normelor culturale. Din rolul pasiv, de receptor-destinatar al normelor culturale, femeia își arogă un rol central, de creatoare și sancționatoare a normelor culturale. Deci, „liberalizarea” sensului dreptului de a lua parte la viața culturală aduce cu sine transformarea în statusul social feminin. Pentru femei, drepturile culturale dobândesc valențe transformative mai ales în contextul în care crearea de norme culturale echivalează cu instituirea, promovarea și consolidarea de noi valori sociale. Drepturile culturale sunt drepturi transformative deoarece re-analizarea normelor culturale se poate realiza doar în condițiile depășirii tiparelor mentale și comportamentale obsolete și înlocuirea lor cu tipare adecvate acomodării diferențelor dintre genuri și promovării egalității de gen. După cum subliniază literatura de specialitate¹ funcția transformativă a drepturilor culturale constă în posibilitatea, intrinsecă acestora, de a chestiona întregul fundament al caracteristicilor masculine și feminine prezumate a fi acceptate și dezirabile în societate.

Acțiunea transformativă a accepțiunii moderne referitoare la drepturile culturale ale femeilor este vizibilă în plan social dacă luăm în considerare faptul că stereotipurile de gen (respectiv alocarea unui anumit rol social femeilor, respectiv bărbaților pornind de la prezumția existenței/inexistenței unor atribuții) sunt proliferate în continuare pe filieră faptică.

La nivel social, reminiscentele practicilor patriarhale subzistă, fiind disimulate în norme ancestrale de etică și morală și conduc la menținerea stării de subordonare a femeilor. În consecință, implicarea femeilor în exercitarea activităților culturale trebuie să concentreze în demersuri de re-modelare a spiritului comunității. Factorul legal – deși perfectibil – este insuficient și superfluu în generarea schimbării.

○ V.2. Exercițarea mandatului instituțiilor naționale de drepturile omului în problema de gen: Declarația și Programul de Acțiune de la Amman

În perioada 5-7 noiembrie 2012, sub egida parteneriatului dintre Înaltul Comisariat ONU pentru Drepturile Omului și a Comitetului Internațional de Coordonare a Instituțiilor Naționale de Promovare și Protecție a Drepturilor Omului, s-a desfășurat Conferința Internațională cu tema *Drepturile femeilor și fetelor; Promovarea egalității de gen; Rolul Instituțiilor Naționale de Drepturile Omului*.

Conferința Internațională a asigurat forumul de dezbateri necesar adoptării Declarației și Programului de Acțiune de la Amman. Cele două documente având caracter programatic reiau discuțiile asupra importanței drepturilor femeilor în sfera drepturilor omului subliniind rolul pe care instituțiile de drepturile omului trebuie să și-l asume în vederea obținerii de rezultate transformative în domeniu.

Declarația de la Amman reafirmă ideea conform căreia drepturile femeii sunt drepturi ale omului însă în plus subliniază ideea conform căreia caracterul interdependent al drepturilor femeilor determină la rândul său caracterul interdependent al încălcărilor drepturilor femeilor. Cu alte cuvinte, luând în considerare interacțiunea permanentă dintre drepturile deținute de femei, este clar că, în cazul încălcării unuia dintre acestea, consecințele se vor răsfrânge asupra celorlalte prerogative. În rândul cauzelor care determină și susțin aceste încălcări se numără

¹ M. Nussbaum, J. Glover, *Women, Culture and Development: A Study of Human Capabilities*, Oxford University Press, 2007.

sărăcia, foamea sau structurile patriarhale. Pe cale de consecință, femeile (în mod indistinct) cât și anumite categorii precis determinate (femeile având descendență africană, femeile indigene, femeile aparținând grupurilor vulnerabile) sunt supuse formelor de discriminare multiplă și de discriminare pe bază de criterii intersectate.

Elementul de specificitate al Declarației de la Amman constă în sublinierea implicării instituțiilor naționale de drepturile omului în protejarea și promovarea drepturilor femeilor.

Pornind de la necesitatea reconfigurării mandatului instituțiilor de drepturile omului în vederea unei mai bune protejării a drepturilor femeilor, reprezentanții instituțiilor de drepturile omului au achiesat la un *cadru de principii și domenii de acțiune bazat pe*: (1) prioritizarea drepturilor femeilor și fetelor precum și a egalității de gen în cadrul planurilor, proceselor, programelor și activităților menite să stabilească intervenția sustenabilă pentru a atinge egalitatea de gen; (2) monitorizarea gradului în care statele națiune își îndeplinesc obligațiile în domeniul drepturilor omului precum și a modului în care actorii non statali respectă standardele de protecție a drepturilor omului, în special în materia drepturilor femeilor; (3) facilitarea accesului femeilor la justiție inclusiv la remediile judiciare sau non-judiciare, în acord cu mandatul lor; (4) investigarea alegațiilor de încălcarea a drepturilor femeilor și fetelor, a tuturor formelor de discriminare a femeilor și fetelor, a încălcărilor drepturilor femeilor și identificarea cauzelor sistemice care pot genera astfel de încălcări, etc. Un domeniu de acțiune distinct este cel al *educației în domeniul drepturilor femeii și al egalității de gen*. Este subliniată în mod expres importanța acestui domeniu de acțiune pentru eliminarea prejudecăților și a practicilor cutumiare care promovează idea de superioritate sau inferioritate a unui dintre genuri. Prin educație pot fi întreprinse demersuri pentru combaterea rolurilor stereotipe asociate genurilor și a stigmatizării femeilor ale căror drepturi sunt încălcate. Remarcăm că în sfera acțiunilor prioritare pentru drepturile femeilor se include și *monitorizarea activităților de afaceri de la nivel global sau regional în scopul raportării efectelor negative, discriminatorii față de femei, ale întreprinderilor de afaceri*. Integrarea dimensiunii de afaceri în programele și planurile de acțiune pentru protejarea și promovarea drepturilor femeilor reprezintă un element de noutate în cadrul documentelor *soft law* elaborate de ONU. Totodată, integrarea dimensiunii de afaceri în politicile internaționale de garantare a drepturilor femeilor determină, în mod implicit, *responsabilizarea întreprinderilor de afaceri în sensul respectării egalității de gen în activitățile desfășurate de acestea*.

Programul de acțiune de la Amman definește principalele domenii de interes în care poate fi orientată intervenția instituțiilor naționale de drepturile omului; pentru fiecare domeniu de interes sunt totodată stabilite și acțiunile care pot fi dezvoltate de instituțiile naționale de drepturile omului.

Participarea publică și politică a femeilor este primul domeniu menționat în Programul de acțiune de la Amman, iar printre prioritățile asumate de instituțiile naționale de drepturile omului menționăm: (1) promovarea de măsuri pertinente (inclusiv prin educație, prin adoptarea de legi și practici apte să elimine barierele tradiționale, sociale și culturale care limitează drepturile femeilor sau stereotipurile care descurajează sau împiedică femeile să se implice în exercitarea prerogativelor publice și politice); (2) acordarea de sprijin femeilor pentru a depăși barierele legate de participarea la viața publică sau politică precum analfabetismul sau sărăcia; (3) adoptarea de măsuri speciale temporare pentru ca femeile să fie suficient de bine reprezentate în organismele naționale; (4) promovarea de mecanisme care să garanteze valorificarea opiniilor femeilor în probleme care le afectează în mod direct.

În domeniul protejării drepturilor economice și sociale ale femeilor, principala preocupare a instituțiilor naționale de drepturile omului constă în adoptarea de măsuri pertinente pentru combaterea discriminării. Totodată, este acordată o atenție deosebită modului în care statele națiune angajează resursele financiare pentru a asigura realizarea progresivă a drepturilor

economice, sociale și culturale ale femeilor. Implementarea de remedii în cazul încălcării drepturilor economice, sociale sau culturale astfel încât să se asigure *justifiabilitatea* acestora.

Problema violenței de gen este abordată în mod comprehensiv, fiind recomandate instituțiilor naționale de drepturile omului acțiuni multiple: (1) promovarea și susținerea adoptării de legi prin care să fie combătută violența de gen; (2) promovarea de măsuri de protecție a femeilor și fetelor supuse formelor de exploatare sexuală; (3) sprijinirea femeilor victime pentru a accesa remediile legale în vederea restaurării drepturilor încălcate; (4) dezvoltarea de programe pentru a preveni și combate violența sexuală în școli, la locuri de muncă, în instituții publice (inclusiv în centrele de detenție); (5) promovarea implementării *Modelului de Strategii și de Măsuri Practice cu privire la Eliminarea Violenței împotriva Femeilor în domeniul Prevenirii Crimelor și al Justiției Penale precum și Regulile ONU cu privire la Tratatamentul Femeilor Prizoniere și al Măsurilor Neprivative de Libertate luate asupra Femeilor Infractoare (Regulile de la Bangkok)*.

În domeniul *drepturilor sexuale și reproductive*, instituțiile naționale de drepturile omului trebuie să acționeze în sensul informării femeilor pentru ca acestea să poată decide în mod liber, fără violență și coerciție asupra numărului de nașteri și asupra planificării concepției copiilor. Programul de acțiune subliniază prevenirea și combaterea *sterilizărilor forțate, avorturilor forțate, a căsătoriilor timpurii sau forțate precum și a altor practici cutumiare dăunătoare bazate pe criteriul gen*.

○ V.3. Problema de gen ilustrată în Declarația de la Marrakech

În contextul celebrării a 70 de ani de la adoptarea Declarației Universale a Drepturilor Omului și a 25 de ani de la adoptarea Principiilor de la Paris¹, comunitatea internațională a abordat, prin intermediul unui document înscris în categoria instrumentelor *soft law*, problematica stringentă a egalității și nediscriminării. Aceasta din urmă a fost actualizată prin introducerea în analiză a responsabilității pe care instituțiile naționale de drepturile omului trebuie să și-o asume (atât formal cât și la nivel practic) pentru îmbunătățirea situației segmentului feminin al populației.

Proclamată ca urmare a celei de-a 13-a Conferință Internațională a Instituțiilor de Drepturile Omului, desfășurată în perioada 10-12 octombrie 2018 la Maroc, Declarația de la Marrakech a analizat subiectul consolidării protecției juridice a drepturilor femeilor în contextul temei de analiză *Extinderea spațiului civic și promovarea și protejarea apărătorilor drepturilor omului, cu un accent special pe femei: Rolul instituțiilor naționale pentru drepturile omului*².

Documentul avansează o strategie atipică de accentuare a importanței drepturilor femeilor în context internațional luând în considerare carențele existente la nivel global în garantarea libertății de gândire, exprimare, de asociere precum și în garantarea altor premise necesare construirii unui climat democratic în care să fie posibilă protecția și promovarea drepturilor omului. Riscurile și amenințările manifestate în relație cu activitatea instituțiilor naționale de drepturile omului determină, în mod implicit, deteriorarea capacității de ocrotire a drepturilor femeilor și de soluționare a oricăror probleme de gen. Raționamentul propus de

¹ Adoptate în temeiul rezoluției 48/134 din data de 20 decembrie 1993, Principiile de la Paris reprezintă norme non-constrângătoare care sintetizează statutul instituțiilor naționale de drepturile omului, subliniind atribuțiile, responsabilitățile, principiile, garanțiile în funcție de care acestea își desfășoară activitatea. Dintre regulile care caracterizează instituțiile naționale de drepturile omului, reținem *principiul asumării unui mandat cât mai extins posibil, stabilit în textele constituționale sau legislative*.

² Titlul în limba oficială este *Expanding the civic space and promoting and protecting human rights defenders, with a specific focus on women: The role of national human rights institutions*.

Declarație este simplu: cu cât încălcările garanțiilor esențiale ale drepturilor omului sunt mai profunde, cu atât problemele de gen sunt mai accentuate. Pe aceste coordonate, *manifestările violente – catalizatoare ale încălcărilor drepturilor femeilor – trebuie să fie înțelese inclusiv în ipostaza de elemente care amenință integritatea și funcționalitatea instituțiilor naționale în domeniul drepturilor omului*. Potrivit textului Declarației, principalii garanți ai drepturilor omului la nivel național sunt *instituțiile naționale în domeniul drepturilor omului, un accent deosebit fiind plasat asupra Raportorului Special în domeniul drepturilor omului*.

Modelul analitic al problemei de gen lansat prin Declarația de la Marrakech are ca specific o nouă paradigmă: *comunitatea internațională trece în subsidiar acțiunile de identificare a cauzelor care determină încălcări ale drepturilor femeilor, subliniind nevoia de solidaritate și coeziune între actorii competenți să militeze pentru drepturile omului în general, respectiv pentru drepturile femeilor în special*. Recomandările formulate în cadrul Conferinței sunt structurate pe 3 arii fundamentale: (1) promovare; (2) protecție; (3) cooperare și parteneriat.

În materie de promovare, recomandările privesc ameliorarea practicilor legislative și a politicilor publice naționale în scopul unei protecții sporite a drepturilor omului. *Statelor li se solicită să ratifice și să pună în aplicare toate instrumentele internaționale pentru drepturile omului iar legislația, politicile și programele naționale se impun a fi redactate de natură să asigure transpunerea la nivel național a obligațiilor internaționale ale statelor*. De asemenea, la nivel național se impune crearea unei culturi care să sprijine demersurile instituțiilor naționale de drepturile omului și în special, a acțiunilor acestora referitoare la ocrotirea drepturilor femeilor. Este esențială colaborarea dintre instituțiile naționale de drepturile omului și alți actori relevanți ai societății civile în vederea instituirii de inițiative viabile în domeniul protecției drepturilor femeilor. Acest aspect poate fi realizat prin promovarea unui discurs pozitiv cu privire la drepturile femeii în toate domeniile societăților naționale prin intermediul mijloacelor moderne de comunicare.

Din textul Declarației rezultă o conexiune directă între recomandările referitoare la promovarea drepturilor femeii și cele legate de protejarea acestora. Astfel, protejarea se realizează prin diseminarea informațiilor în materia drepturilor omului prin mecanisme internaționale, regionale și naționale care să integreze dimensiunea de gen. Principalul mijloc menționat în Declarație pentru realizarea funcției de protecție a drepturilor femeii constă în *monitorizarea și raportarea asupra situației femeilor din spațiul civic prin colectarea, analiza și sinteza datelor de profil*.

Dimensiunea cooperării și a parteneriatului dintre autorități și instituții publice în scopul promovării și protejării drepturilor femeilor este realizată, potrivit Declarației, prin următorii pași: (1) interacțiunea dintre instituțiile naționale de drepturile omului-societatea civilă pentru dezvoltarea de planuri și programe sensibile la diferențele dintre genuri; (2) constituirea unei rețele de sprijin pentru problema de gen care să includă reprezentanți ai mass-media, ai sindicatelor, ai patronatelor, ai mediului academic; (3) articularea unei infrastructuri funcționale reunind instituții naționale și regionale de protecție a drepturilor omului.

○ *V.4. Declarația comună a Comitetului Națiunilor Unite privind eliminarea tuturor formelor de discriminare împotriva femeilor și a Comitetului Națiunilor Unite pentru Drepturile Copilului – „Protejarea și abilitarea fetelor și solicitarea egalității”*

Problema încălcării drepturilor femeilor prin practicile culturale dăunătoare este potențată de limitările educaționale experimentate de femei încă din perioada copilăriei. Educația în spiritul acceptării practicilor culturale dăunătoare este principala cauză a încălcărilor

drepturilor femeilor la maturitate. Conștientizând nevoia promovării unei culturi centrate pe egalitatea de gen încă din primii ai de viață ai indivizilor, comunitatea internațională a adoptat la 11 octombrie 2019 la Geneva un document flexibil, înscris în categoria instrumentelor *soft law*, prin care se reiterează progresele realizate de Comitetul ONU constituit în temeiul Convenției ONU pentru Eliminarea Tuturor Formelor de Discriminare Față de Femei și de Comitetul ONU stabilit în temeiul Convenției cu privire la Drepturile Copilului cu ocazia celebrării a 30 de ani de la data adoptării Convenției ONU cu privire la Drepturile Copilului respectiv a 40 de ani de la data adoptării Convenției ONU pentru Eliminarea Tuturor Formelor de Discriminare Față de Femei.

Având în vedere că majoritatea practicilor culturale afectează femeile tinere sau fetele, Declarația comună promovată sub titulatura *Protejarea și abilitarea fetelor și solicitarea egalității* atrage atenția asupra încălcărilor drepturilor fetelor prin: căsătorii timpurii, căsătorii forțate sau mutilarea genitală feminină. În prezent, în zonele de conflict, persistă riscul ca femeile și fetele să fie supuse traficului de ființe umane, exploatării sexuale sau sclaviei domestice.

Subordonarea fetelor prin practicile culturale presupune aplicarea cumulativă a două criterii discriminatorii: genul și vârsta. Receptarea de către fete a practicilor culturale dăunătoare ca fiind normale este un fenomen sociologic și psihologic promovat printr-o educație deficitară. Conduita fetelor este modelată de tipare mentale și comportamentale discriminatorii, în temeiul cărora abilitățile, preocupările și interesele fetelor sunt chestionate din punctul de vedere al relevanței și al utilității sociale. Relațiile sociale inegale, lipsa valorizării calităților feminine, vulnerabilitatea femeilor și fetelor la abuzurile îndreptate împotriva drepturilor sexuale și reproductive determină proliferarea fenomenului discriminării.

În Declarația comună se atrage atenția asupra caracterului transversal al obiectivului nr. 5 din Agenda 2030: *adoptarea și consolidarea de politici și legislație pentru promovarea egalității de gen și împuternicirea femeilor și fetelor la toate nivelurile*. Cu alte cuvinte, obiectivul 5 din Agenda 2030 nu trebuie să fie apreciat în mod singular; acesta reprezintă un element component al tuturor obiectivelor declarate în Agenda 2030 fiind, totodată, o precondiție pentru obținerea egalității și îmbunătățirea gradului de participare al femeilor la viața socială.

Practicile culturale dăunătoare sunt promovate prin apel la *atitudinile discriminatorii* manifestate de membrii societății în relația cu fetele în perioada copilăriei și adolescenței acestora. Urmărind să adreseze de timpuriu problema discriminării fetelor, Comitetele constituite în temeiul celor două Convenții solicită statelor părți să întreprindă de urgență următoarele acțiuni: (1) respectarea deplină a obligațiilor care le revin în temeiul Convenției privind eliminarea discriminării împotriva femeilor și a Convenției privind drepturile copilului și retragerea rezervelor la aceste convenții; (2) adoptarea unor abordări sensibile la criteriile vârstă și gen și punerea în aplicare a politicilor și legislației orientate pe drepturile fetelor; (3) articularea nevoilor specifice ale fetelor atunci când elaborează politici, legi, priorități și programe bugetare și luarea în considerare a contextului cultural și a factorilor de excludere multipli și intersecțai care pot duce la creșterea marginalizării, inclusiv la apariția de situații de handicap și conflicte; (4) ascultarea fetelor de toate vârstele din sferile publice și private, luând acțiuni asupra preocupărilor lor, prin mișcările de tineret și asigurând că pot contribui în mod semnificativ la procesele de luare a deciziilor în problemele globale, precum schimbările climatice, proliferarea armelor și economia digitală; (5) acces la o educație completă, incluzivă, abilitată, gratuită, sigură, de calitate și obligatorie până la nivelul secundar; acces la toate nivelurile de educație și disponibilitatea de formare profesională; eliminarea disparităților de gen; (6) asigurarea accesului informat la tehnologii cu tonuri și competențe digitale adecvate și investiții în gen – sistemele educaționale pentru a fi integrate în locuri de muncă publice cât și private.

Teoria egalității în sistemul de drept al Consiliului Europei și al Uniunii Europene. Studiu asupra criteriilor gen și cultură¹

I. Teoria egalității. Caracterul său compozit și găsierea unui standard comun

Egalitatea, aidoma oricărei idei aflată în centrul culturii legale europene², stabilește legături cu alte valori esențiale precum justiție, libertate și demnitate, fiind astfel dificil de definit *stricto sensu* însă posibil de interpretat. În prezenta secțiune a lucrării noastre argumentăm caracterul compozit³, aparent heteroclit, al conținutului egalității – aspect care ne determină să analizăm modele definiționale complexe care nu se bucură în mod necesar de o acuratețe sau rigoare specială însă care excelează prin oportunitățile de interpretare oferite. Vom conchide prezenta secțiune a lucrării prin indicarea unui standard comun pentru teoria egalității.

Caracterul egalității pe care noi l-am calificat precum *compozit* este oglindit, pentru început, în opera aristotelică. Din dorința de sistematizare și clarificare, *Aristotel* asociază noțiunea de *egalitate* cu noțiunea de *justiție*, comițând însă neajunsul științific de a corela conceptul complex al egalității cu un altul, mult mai cuprinzător. Asociind *ab initio* egalitatea cu justiția, *Aristotel* oferă două postulate aferente conexiunii dintre cele două valori: (1) ideea de justiție poate fi exprimată ca virtute generală și constă în supunerea față de lege; (2) ideea de egalitate, derivând din ideea mai laxă a justiției, constituie o virtute particulară, astfel încât ceea ce este injust este inegal iar ceea ce este just este egal. Avansând în construirea teoriei egalității, cele două postulate aristotelice au fost rafinate și exprimate în două concepte bazice: (1) justiție distributivă – aplicată în distribuția avantajelor în conformitate cu meritul; (2) justiție corectivă – care corijează tratamentul aplicat indivizilor⁴. În sinteză, teoria

¹ Subsecțiune conform lucrării N. Voiculescu, M.B. Berna, *op. cit.*, pp. 103-130.

² Referindu-ne la noțiunea de *cultură legală europeană* dorim să reiterăm sensul exprimat în prima parte a lucrării în conformitatea căruia prin *cultură legală* înțelegem atât raportarea subiectivă a indivizilor la valorile și ideile cuprinse în norma de drept cât și la modul în care este concepută norma de drept prin interacțiunile dintre indivizi; mai mult, implementând expresia *cultură legală* prin referire la cadrul european, ne vom referi la ideile care asigură fundamentul filozofic legal al legislației europene, – idei născute din interpretările subiective oferite de subiecții de drept și din implicarea directă a acestora în formularea normelor de drept.

³ Prin expresia *caracter compozit* aplicată teoriei egalității, dorim să subliniem ideea conform căreia egalitatea este un concept amplu și imposibil de rezumat într-o idee simplistă. Caracterul complex al egalității permite ca noțiunea să fie susceptibilă de o pluralitate de concepții și de o pluralitate de elemente de conținut. În cuprinsul prezentei lucrări, caracterul compozit al teoriei egalității va fi susținut și argumentat prin raportare la modul de abordare a teoriei egalității sub auspiciile celor două sisteme de drept existente la nivel regional – european – sistemul de drept al Consiliului Europei, analizat cu precădere prin prisma Convenției Europene a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale și sistemul de drept al Uniunii Europene, analizat cu precădere prin raportare la legislația primară și secundară. În secțiunea dedicată reflectării teoriei egalității în sistemul de drept al Consiliului Europei, am argumentat caracterul compozit al egalității prin analiza specială asupra cadrului jurisprudențial care reunește două criterii interesante de discriminare: sexul și cultura (în dimeniunea sa religioasă); în secțiunea dedicată reflectării teoriei egalității în sistemul de drept al Uniunii Europene, caracterul compozit al egalității a fost subliniat prin apel la o analiză intersectorială – care abordează criteriul gen și criteriul cultural atât în sistemul legislativ cât și în sistemul jurisprudențial.

⁴ Pentru mai multe detalii, a se consulta *Aristoteles, Etica a Nicomaco*, ediția bilingvă și traducerea asigurată de M. Araujo și J. Marias, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1959, V, pp. 1-5.

aristotelică asupra egalității se fundamentează pe ideea egalității celor care sunt egali și tratării diferite a celor care sunt diferiți.

Deși această idee aristotelică asupra egalității creează fundamentul ipostazierii formale a conceptului, considerăm că unele precizări se impun. Suntem de părere că formularea aristotelică, deși se remarcă prin dorința de sistematizare a ideii egalității, nu este completă și lasă loc multiplelor interpretări. Pe de o parte, Aristotel nu specifică modul de evaluare al egalității, nu propune un comparator pentru definirea egalității, astfel încât, dacă ne raportăm la raționamentul tratării egale a celor care sunt egali și a aplicării tratamentului inegal celor care sunt inegali, este just să ne întrebăm *care este criteriul aplicat pentru a fi identifica pe cei egali, respectiv pe cei inegali*. Pentru a afirma că un individ este egal/inegal este imperios un reper față de care să poată avea loc evaluarea, comparația și, finalmente, calificarea precum *egal* sau *inegal*. Pe de altă parte, absența unui comparator determină imposibilitatea de a identifica tipul de egalitate la care se referă definiția aristotelică. Depășind terminologia *egalității formale* impusă de doctrină care decurge din ideea desconsiderării diferențelor dintre indivizi și a dreptului fiecăruia de a fi diferit, enunțul aristotelic nu aduce clarificări asupra dimensiunii la care trebuie să raportăm egalitatea. Cu alte cuvinte, nu putem anticipa din definiția aristotelică dacă egalitatea astfel enunțată se referă la o *stare empirică* (*exempli gratia*, sunt egali acei indivizi care comportă anumite trăsături fizice) sau se referă la o *stare normativă* (considerând egali toți indivizii în urma unui normativ comun, al unei virtuți la care se raportează). Din punctul nostru de vedere, teoria aristotelică asupra egalității este unidirecționată: Aristotel nu ia în considerare, în analiza stării egalității, alte valori necesare precum demnitatea sau libertatea însă se raportează la o singură valoare cuprinzătoare – cea a justiției – care aduce dificultăți dintre cele menționate anterior.

Sunt de înțeles dificultățile și neajunsurile aristotelice în evidențierea egalității ca valoare interconectată justiției dacă ne raportăm la perioada antică, înăuntrul căreia gândirea despre egalitate era iluzorie întrucât lumea, în ansamblul său, era organizată pe principii contrare egalității. Se dorea stratificarea și ierarhizarea societății în funcție de abilități specifice care dictau un anumit statut. Lumea antică era concentrată în jurul obținerii binelui colectiv care avea importanță fundamentală, surclasând toate celelalte bunuri și care se referea la supraviețuirea cetății. În operele lui Platon, ideea de justiție se naște în deplin consens cu ideea păstrării binelui cetății; la rândul său, binele cetății era atins prin stratificarea indivizilor și angajarea lor în activități specifice în funcție de abilitățile personale¹.

Având experiența perioadei medievale în care Creștinismul a adus în discuție noțiunea de egalitate prin ideea *imago Dei*, însinuând legătura dintre egalitate, demnitate și libertate, oamenii fiind egali între ei ca urmare a demnității înăscute (fiind ai Domnului Dumnezeu) dar și ca urmare a libertății înăscute (beneficiind de liber arbitru pentru împlinirea atributelor dăruite de Dumnezeu), perioada Iluministă a avansat, prin intermediul lui Samuel Pufendorf, o teorie a egalității aptă să acopere limitele teoriei aristotelice.

În opera sa², Pufendorf re-evaluează teoria clasică a egalității și avansează ideea *egalității de la natură*. Există două idei directoare care sprijină egalitatea de la natură, asimilând-o cu noțiunea de obligație naturală: (1) oamenii sunt egali de la natură pentru că au obligația egală de a respecta dreptul natural; (2) oamenii sunt egali de la natură pentru că aceștia dețin obligații similare unii față de alții care decurg dintr-un simț înăscut. În cazul teoriei propusă de Pufendorf apare comparatorul care lipsea din teoria aristotelică dar și noțiunea demnității

¹ Pentru mai multe detalii, a se consulta N. Capaldi, *The Meaning of Equality*, Hoover Press, Machan (Equality), 2001, p. 2.

² S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium. Gesammelte Werke, Band 4*, Ed. Frank Boehling, Berlin, 1998; S. Pufendorf, *De officio hominis et civis. Gesammelte Werke, Band 2*, Ed. Gerald Hartung, Berlin, 1997.

umane care, de asemenea, era omisă anterior. Astfel, Pufendorf definește egalitatea în funcție de demnitatea umană, însă nu discutăm despre ideea demnității umane în sensul kantian de a trata fiecare individ ca scop și niciodată numai ca mijloc. Dimpotrivă, Pufendorf se desprinde de ideea demnității care evocă o valoare absolută și incomparabilă, atribuindu-i ființei umane o demnitate care are caracter relativ, în virtutea căreia ființa umană poate fi comparată cu alte creaturi. Pufendorf se inspiră din opera kantiană în sensul importării conceptului demnității umane și împrumută din opera lui Hobbes¹ *abilitățile umane* ca și comparator. În consecință, teoria lui Pufendorf, instrumentează comparatorul *abilităților umane* stabilind egalitatea după cum indivizii dețin sau nu aceleași abilități; în schimb, Pufendorf se îndepărtează de la ideea hobbsiană a egalității oamenilor prin prisma deținerii acelorași abilități fizice de a-și ucide semenii și statornicește o teorie a egalității bazată pe umanism potrivit căreia indivizii sunt egali pentru că dețin aceleași abilități de prudență în manifestările sociale². Cu toate acestea, Pufendorf recunoaște abilitățile diferite ale oamenilor care conduc la inegalități în statut și, situându-se pe aceleași coordonate ca și Aristotel, autorul admite că întocmai divergențele de abilități pot legitima sclavia.

Există o aparentă contradicție în ideea egalității avansată de Pufendorf deoarece, dacă valoarea demnității umane este considerată pentru construirea statutului egalității, atunci cum poate fi negată libertatea individuală (sub forma sclaviei) din această construcție? Sau, mai clar, ideea lui Pufendorf asupra egalității s-ar dovedi illogică atât timp cât, în mod concomitent, se admite că indivizii sunt egali de la natură însă acest fapt nu împiedică existența sclaviei. Ulterior, Pufendorf își nuanțează poziția, stabilind că indivizii se bucură de o *egalitate relativă* deoarece aceștia dețin trăsături similare izvorâte din umanitatea care le este proprie de la Dumnezeu (denumirea generică a demnității umane) însă, prin intermediul dreptului civil, între indivizii apar diferențe de statut juridic. Reproșul pe care Pufendorf îl adresează lui Hobbes constă în faptul că ultimul nu a avut în vedere că dreptul civil afectează condiția și statutul social al individului însă fără a avea legitimitatea de a emite judecăți de valoare asupra esenței sale umane. Mai mult, libertatea nu lipsește din constructul pe care Pufendorf îl propune asupra egalității întrucât autorul leagă prerogativa egalității de cea a libertății. Pufendorf vede egalitatea ca un corolar al libertății oamenilor; libertatea naturală și egalitatea naturală sunt instrumente analitice prin intermediul cărora se stabilesc parametri morali ai oamenilor. Pentru Pufendorf, egalitatea și libertatea sunt caracteristici stabilite în mod istoric în conexiune cu starea umană originală³.

Inspirat de reprezentanții Iluminismului⁴, în special de John Locke, Nozick exprimă ideea egalității în antiteză cu conceptualizarea oferită de John Rawls. Adept al statului minimalist și promotor al valorilor libertății și proprietății personale, Nozick respinge scopul asigurării unei egalități minimale între indivizi și atestă că deși fiecare individ are dreptul la resurse, dreptul individului de a beneficia de resursele globale nu trebuie să fie aplicat în detrimentul altor indivizi. Egalitatea nu este absolută întrucât individul nu are un drept egal asupra bunurilor care se află în proprietatea altuia. Fiecare individ este stăpânul propriilor bunuri și are libertatea de a decide asupra proprietății sale după bunul său plac, fără ca această prerogativă să semnifice implicit obligația de a îi asigura altui individ accesul nelimitat la resursele proprii⁵.

¹ T. Hobbes, *Leviathan*, Ed. R. Tuck, Cambridge, 1991.

² K. Saastamoinen, *Pufendorf on Natural Equality, Human Dignity, and Self-Esteem*, articol publicat în *Journal of the History of Ideas*, University of Pennsylvania Press, Volume 71, Number 1, January 2010, pp. 39-62.

³ C.L. Carr, M.J. Seidler, *Pufendorf, Sociality and the Modern State, History of Political Thought*, 1996, p. 359.

⁴ Prin curentul Iluminist înțelegem un proiect filosofic manifestat în secolele XVII-XIX în statele din Europa și America bazat pe ideea descoperirii lumii prin intermediul rațiunii.

⁵ R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford: Basil Blackwell, 1974, p. 178.

John Rawls avansează o teorie mult mai ofertantă asupra egalității, care își află soriginea în conceptualizarea justiției ca echitate. În operele sale¹, Rawls prezintă ca echivalente egalitatea și justiția pornind de la următoarele premise: (1) fiecare persoană are un drept egal de a se bucura de drepturile și libertățile de bază; în schema descrisă, libertățile politice trebuie să aibă o valoare egală; (2) inegalitățile economice și sociale trebuie să satisfacă două condiții: (a) să asigure cel mai mare beneficiu pentru cei mai puțin avantați membri ai societății; (b) să presupună locuri și poziții care pot fi accesate în condițiile egalității de oportunitate. Rawls aduce noțiunea de *egalitate* mult mai aproape de noțiunea *solidarității* întrucât stabilește ca referențial *bunătatea celor mai dezavantați*. În termeni mai simpli, societatea este justă pentru Rawls atât timp cât este structurată în jurul principiului egalității – egalitatea fiind echivalentul posibilității tuturor indivizilor de a beneficia de drepturi și obligații fundamentale. Orice inegalitate economică (referitoare la distribuția resurselor) sau socială (referitoare la accesarea către un anumit statut) sunt considerate juste atât timp cât prin aceste inegalități se asigură avantaje pentru toți membrii societății și în particular pentru cei care sunt defavorizați².

Din explicațiile oferite în rândurile de mai sus înțelegem că Rawls alege comparatorul *obținerii de avantaje pentru toți membrii societății și în special pentru cei defavorizați*, întrucât în cazul în care inegalitățile au această rațiune de a fi atunci ele sunt justificate și apar în calitate de *pseudo-inegalități*; în schimb, atunci când inegalitățile socio-economice nu se întemeiază pe raționamentul ante-expus, inegalitățile devin propriu-zise și sunt surse ale in justiției.

Ronald Dworkin urmează teoria rawlsiană asupra egalității, fiind tributar umanismului și demnității umane în consemnarea propriei sale teorii relative la subiectul expus. Autorul pornește de la conceptul de *grijă egală* care este avatarul ideii societății juste promovată de Rawls. În concret, Dworkin își sprijină teza asupra egalității pe ideea conform căreia grija egală pentru cetățeni este virtutea suverană în lăuntru comunității politice³. Aparent nestructurată, ideea lui Dworkin asupra egalității se aseamănă cu egalitatea rawlsiană care privea concomitent aspectul juridic și cel economic; Dworkin așază în centrul teoriei sale *egalitatea de resurse* – noțiune pe care o dezvoltă prin apel la două principii ale eticii individualiste: (1) *principiul importanței egale* potrivit căruia obiectivul cel mai important constă în valorificarea vieții fiecărui om astfel încât nici o existență să nu fie insuficient dezvoltată; (2) *principiul responsabilității speciale* care atestă că fiecare persoană este responsabilă de stabilirea propriilor obiective și de obținerea succesului individual⁴. Deși au fost enunțate cu scopul de a dezvolta perspectiva economică asupra egalității, principiile enunțate au inclusiv o dimensiune juridică, însuși autorul⁵ asociind primul principiu cu fundamentul juridic al demnității umane, cel din urmă principiu fiind stabilit în legătură cu libertatea umană. Demnitatea umană – în viziunea lui Roland Dworkin, este o noțiune care pornește de la o accepțiune subiectivă și aduce rezultate obiective. Este demn pentru fiecare individ ceea ce fiecare consideră a fi important. De fapt, rezultatul adus este cel care are caracter obiectiv pentru că împlinirea sau neîmplinirea vieții unui anumit individ contează nu doar pentru sine

¹ J. Rawls., *A Theory of Justice: Revised Edition*, Harvard University Press, Cambridge 1997, revizuită în J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia Classics, New York, 1993 și în J. Rawls, *Justice as Fairness: a Restatement*, Belknap Press, 2001.

² M. Kenny, *Gender Equality & Social Exclusion Issues in Rural Development*, Module 11, BSC Rural Development by Distance Learning, (Copyright to National University of Ireland), Delivered Jointly by NUI Universities in Dublin, Cork, Galway and Maynooth Adapted, Department of Adult and Community Education, National University of Ireland, Maynooth, p. 5.

³ R. Dworkin, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2000, p. 1.

⁴ *Ibidem*, pp. 3-5.

⁵ *Ibidem*, pp. 121-122.

ci pentru societatea privită în ansamblul său. Pe de altă parte, libertatea este și ea dezvoltată înăuntrul modelului egalității. Îmbinând libertatea și demnitatea în încercarea de definire a egalității, Dworkin propune noțiunea de *libertate demnă* – noțiune identificată cu accepțiunea limitată a libertății; libertatea nu poate fi absolută pentru că acest lucru ar determina o societate tiranică în care indivizii ar fi responsabili pentru prejudicierea lor reciprocă. Astfel, libertatea demnă echivalează cu asumarea responsabilităților personale în raporturile cu ceilalți indivizi și asigurarea reciprocității în acest sens¹.

Până în acest punct al lucrării noastre am descris și am interpretat modele definiționale ale teoriei egalității care, departe de a fi exhaustive, au surprins caracterul compozit (heteroclit) al noțiunii – caracter pe care l-am argumentat încă de la începutul expunerii noastre. Modelele propuse mai sus sunt imperfecte întrucât nu răspund criteriilor completitudinii expunerii și/sau criteriilor clarității expunerii. Imperfecțiunea conceptualizării este clar datorată complexității teoriei egalității – complexitate care a fost surprinsă de *John Baker*² prin construirea termenului de *egalitarism* – acesta evocând egalitatea prin prisma unui ansamblu de principii: (1) *egalitatea nevoilor baze* – fiecare om are dreptul la împlinirea nevoilor fundamentale; (2) *egalitatea în dreptul a se bucura de respect* – niciun individ nu va fi supus tratamentelor degradante, asigurându-i-se standarde de viață demne; (3) *egalitate economică* – se traduce prin egalitate în obținerea și exploatarea venitului precum și accesul egal la munci demne și dezirabile; (4) *egalitate politică* – accentuarea autonomiei personale prin creșterea gradului de implicare individuală în treburile publice; (5) *egalitatea sexuală, etnică, rasială și religioasă* – exclude discriminarea sau segregarea în funcție de criteriile amintite.

În urma reflectării unor moduri diferite de înțelegere a ideii egalității nevoia de sistematizare se impune. Pentru a putea opera în secțiunile următoare ale lucrării cu noțiunea *egalității* se cuvine să reunim modurile de înțelegere exprimate anterior în jurul unor trăsături comune ale noțiunii respective. Suntem de acord cu opinia exprimată în doctrină³ conform căreia pentru o înțelegere riguroasă a egalității trebuie să înțelegem, în primul rând, distincția dintre *egalitate*, *asemănare* și *identitate*. Aplicând opinia doctrinară care propune această distincție, *egalitatea este echivalența parțială între diferite entități; identitatea este echivalența absolută între entități iar asemănarea este aproximarea/afinitatea între diferite entități*.

Aceeași opinie doctrinară ne indică faptul că există trei componente care determină baza teoriei egalității: (1) caracterul plural, (2) caracterul relațional, (3) caracterul comparativ, între acestea existând o legătură intimă. Este clar că egalitatea presupune pluralitate pentru că nu putem evalua egalitatea a *ceva* cu sine însuși acesta reprezentând un exercițiu de stabilire a identității și nu un act de stabilire a egalității. Deci, egalitatea pornește de la o pluralitate de ființe, obiecte, situații. Din caracterul plural decurg celelalte două caractere întrucât, existând o multitudine de entități, putem realiza comparații și stabili relații între entități. Pentru a putea fi comparate, entitățile trebuie să se refere la un referențial terțiar (referențialul terțiar exprimă calitatea comună pe care trebuie să o întrunească elementele supuse comparației pentru a fi stabilită egalitatea, respectiv pentru a se stabili dacă acestea aparțin sau nu aceleiași clase logice). Finalmente, egalitatea presupune o dimensiune *relațională* pentru că nu se poate aprecia (in)egalitatea unor entități decât pe calea realizării unor comparații și, implicit, pe calea stabilirii de relații între entități evaluate⁴.

¹ R. Dworkin, *op. cit.*, pp. 125-130.

² J. Baker, *Arguing for Equality*, Verso Publications, 1987.

³ Antonio Enríque P. Luño, *Dimensiones De La Igualdad*, Instituto de Derechos Humanos Bartolome De Las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Fundacion El Monte, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, pp. 17-18.

⁴ *Ibidem*.

Nediscriminarea se alătură egalității și problemelor de definire pe care aceasta le ridică. Literatura de specialitate¹ tratează cei doi termeni ca fiind în relație de intercondiționare – în unele opinii egalitate și non-discriminare confundându-se, în altele fiind distincte însă similare, desemnând două fațete distincte ale aceleiași realități. Suntem de părere că similitudinea de conținut dintre cei doi termeni face ca distincția dintre egalitate și nediscriminare să fie perceptibilă la nivel ideologico-teoretic și să fie aneantizată la nivel practic. La nivel teoretic, egalitatea se stabilește în urma apropierii dintre mai multe entități care se află în relație și se raportează la un comparator pentru evaluare. Deci, egalitatea se stabilește în urma realizării de comparații și în urma raportării la un anumit comparator. Nediscriminarea privește interdicția diferențierii de tratament între indivizi pe criterii determinate precum sex, vârstă, rasă, naționalitate, religie, etc.

Din punctul nostru de vedere, distincția enunțată este validă doar dacă ne rezumăm la planul teoretic. În literatura de specialitate² a fost exprimată opinia conform căreia distincția teoretică în funcție de care putem diferenția între egalitate și nediscriminare constă în sfera de manifestare a celor două principii. Egalitatea ar exprima mai degrabă aspectele economice iar nediscriminarea s-ar referi la domeniul politico-civil. Exemplul oferit este edificator pentru a demonstra distincția pur teoretică ce s-ar putea aplica între cele două concepte. La rândul său, această distincție teoretică rezultă la nivel subiectiv, din modul în care autorul observă lucrurile. Din modelele definiționale pe care le-am expus în rândurile de început și în mod special din modelul propus de Baker, rezultatul este unul sensibil diferit pentru că egalitarismul include deopotrivă principii care fac trimitere la sfera economică și principii care fac trimitere la sfera politico-juridică. În rezumat, deși se validează la nivel teoretic distincția dintre egalitate și nediscriminare întrucât teoria se fundamentează pe modul subiectiv de observare a fenomenelor sau de înțelegere conceptuală, în plan practic, distincția este imperceptibilă.

În planul practic, putem acomoda pe definiția logică a egalității, definiția nediscriminării. Și în cazul nediscriminării ne punem problema relaționării dintre entități diferite (indivizii), ne punem problema comparării lor prin raportare la anumite criterii expres menționate în norma de drept (fie că elementul comparator se referă la sex, vârstă, religie, etc). Singura mențiune adițională în evaluarea (ne) discriminării este evaluarea situației în care se găsesc indivizii supuși comparației – ei pot fi în aceeași situație (în cazul acesta comparația este justă) sau pot fi în situații diferite (caz în care comparația este injustă întrucât nu se poate găsi un element referențiar comun în funcție de care să se realizeze comparația; este clar că pentru cei aflați în situații diferite, tratamentul nu poate fi decât unul diferit, tratamentul egal nefiind o posibilitate pentru că ar conduce la rezultate injuste).

Referitor la indivizii aflați în situații diferite și aplicarea tratamentului diferit în favoarea acestora, unele precizări se impun. În primul rând, nu trebuie să avem conștiința că egalitatea exclude posibilitatea diferențelor sau dreptul de a fi diferit. Dimpotrivă, în secțiunea lucrării noastre dedicată reglementării juridice a egalității și nediscriminării vom menționa egalitatea substanțială (formă a egalității preocupată de asigurarea tratamentului egal între indivizi prin efectul legii, nu prin simplul conținut al legii) care integrează dreptul de a fi diferit și se întemeiază pe acesta.

¹ N. Pavel, *Egalitatea în drepturi a cetățenilor și nediscriminarea*, Editura Universul Juridic, București, 2010; G.L. Goga, *The General Principle of Non Discrimination and Equal Treatment in the Legislation and Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union*, Acta Universitatis Danubius, Volume 5, No.1/2013; K. Monaghan QC, *Equality and Non-discrimination*, Bar European Group And Administrative Law Bar Association Annual Conference 2011, 29th-30th May 2011 Athens; A. Iliopoulou, *Principe d'égalité et de non-discrimination/ Principle of equality and nondiscrimination* in Auby J. B. & De la Rochère J. D. *Droit administratif européen/ European administrative law*, Bruylant, Bruxelles, 2007.

² A. Iliopoulou, *op. cit.*

Pentru că distincțiile dintre egalitate și nediscriminare sunt imperceptibile la nivel practic, propunem un standard comun pentru evaluarea egalității și nediscriminării. Astfel, în secțiunile care vor aborda tratamentul legal și jurisprudențial al egalității și nediscriminării, vom trata împreună cele două concepte; acolo unde se impun distincții, le vom releva și le vom argumenta.

II. Teoria egalității în sistemul de drept al Convenției Europene a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale

○ II.1. Analiză asupra transpoziției teoriei egalității în cuprinsul art. 14 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale¹

Caracterul compozit al teoriei egalității – pe care l-am remarcat și l-am dezvoltat în rândurile de mai sus, a adus repercusiuni în sistemul legal european, reflectând o filozofie particulară.

Articolul 14 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale² oglindește filozofia particulară asupra egalității pe care o poartă textele nejuridice analizate anterior prin două modalități: (1) din punctul de vedere al diferitelor caractere juridice care îi pot fi atașate; (2) din punctul de vedere al efectelor derivate din aplicarea art. 14.

În privința primului aspect, literatura de specialitate³ atribuie art. 14, în mod concomitent un caracter autonom dar neindependent, statutul unui drept subiectiv substanțial, caracterul unei garanții care aduce protecție limitată asupra drepturilor și libertăților.

Caracterul autonom dar neindependent are circumscrisă o explicație logică, argumentată, înăuntrul căreia distincția se realizează la nivel de nuanță. S-a argumentat ideea conform căreia art. 14 din Convenție (...) nu are o existență independentă în sistemul de protecție europeană a drepturilor și libertăților fundamentale pe care acesta îl instituie deoarece nu poate fi invocat decât prin raportare la acestea; el poate însă părea autonom prin aceea că, într-o situație dată, este posibil ca el să fie încălcat fără a se constata și o încălcare a dreptului în legătură cu care a fost invocat⁴.

După cum specifica autorul citat, pentru înțelegerea caracteristicilor aparent contradictorii care au fost propuse în analiza art. 14 este necesară exemplificarea.

Relevantă în acest sens este următoarea speță⁵: reclamații, stabiliți legal în Marea Britanie, au susținut că li s-a refuzat dreptul soțiilor de a se stabili în această calitate în aceeași țară. Reclamanții au invocat încălcarea art. 8 – dreptul la respectarea vieții private și de familie

¹ Pentru detalii suplimentare, a se consulta M.B. Berna, *Equality and non-discrimination within the legal system of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. A peculiar approach to the discriminatory criterion of gender*, articol publicat în Titu Maiorescu University Law Review, Ed. Hamangiu, 2015, ISSN 1584-4781, p. 36-50.

² Instrument juridic european în materia protecției drepturilor omului adoptat sub auspiciile Consiliului Europei la data de 4 noiembrie 1950 și intrat în vigoare la data de 3 septembrie 1953, ratificat de România prin Legea nr. 30/1994, publicată în M. Of. nr. 135 din data de 31.05.1994.

³ C. Bîrsan, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Comentariu pe articole*, ed. a 2-a, Ed. C.H.Beck, București, 2010, pp. 948-976; S. Tăbușcă, *Efectele hotărârilor CEDO și CJUE în dreptul intern. Analiză asupra dreptului la nediscriminare*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, pp. 26-43; European Justice Commission, *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law*, European Communities, 2011, Luxembourg, pp. 14-39; R. O'Connell, *Cinderella comes to the Ball: Article 14 and the right to non-discrimination in the ECHR*, Legal Studies, The Journal of the Society of Legal Scholars, Volume 29, Issue 2, 2009, pp. 211-229.

⁴ C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 954.

⁵ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, *Cauza Abdulaziz, Cabales și Balkandali împotriva Regatului Unit*, 1985, Seria A, nr. 9214, 9473, 9474, par. 69-82; C. Bîrsan, *op. cit.*, pp. 954-955.

în coroborare sau separat cu art. 14. Analizând prevederile art. 8 și prin raportare la specificul faptelor, Curtea a stabilit că problema de drept invocată este una care poate fi încadrată mai degrabă în rândul problemelor referitoare la imigrație și nu la respectarea vieții private întrucât principiile de drept internațional oferă posibilitatea statelor de a stabili reguli specifice pentru a permite accesul persoanelor non-cetățene pe teritoriul lor iar art. 8 nu impune asupra statelor o obligație generală de a asigura accesul nenaționalilor între care există legături familiale. În altă ordine de idei, Curtea a stabilit că refuzul autorităților britanice era injust pentru că, la epoca faptelor, existau prevederi în virtutea cărora soțul stabilit în Marea Britanie era îndrituit să își aducă soția în vederea stabilirii alături de el. În speța citată, a fost identificată *discriminarea în funcție de sex* cu argumentația că deși nu puteau fi exercitate presiuni pentru ca să fie permis accesul soțiilor nenaționale, în momentul în care acest drept a fost recunoscut prin legislația Marii Britanii și este refuzat soțiilor rezidente, atunci există o distincție bazată pe criteriul sex care trebuie să fie înlăturată pentru a fi conformă cu spiritul Convenției.

Exemplul prezentat este edificator pentru ilustrarea modului de înțelegere potrivit al caracterului aproape antagonic oferit art. 14. Într-adevăr, art. 14 nu poate fi invocat decât în legătură cu drepturile și libertățile prevăzute de Convenția Europeană (în speța citată, art. 14 a fost invocat în corelație/concomitent cu art. 8 – referitor la respectarea vieții private) – în această ipoteză este demonstrat caracterul neindependent. Pe de altă parte, art. 14 poate fi încălcat fără a se constata o încălcare a conținutului dreptului care apare invocat în corelație cu textul art. 14. În exemplul oferit, art. 14 a fost încălcat prin raportare la criteriul sex, fără a fi incident art. 8 invocat inițial de reclamanti. Am menționat anterior că distincțiile pe care se întemeiază explicația modului de înțelegere a art. 14 sunt interpretabile. Distincțiile de interpretare rezidă în momentul în care ne referim la termenii de *independență* și *autonomie*. Astfel cum am demonstrat, art. 14 nu este *independent* întrucât este intrinsec conectat drepturilor și libertăților conținute în Convenție; dependența art. 14 de drepturile și libertățile Convenției este inerentă și apare ca o formă de subordonare. Articolul 14 este subordonat drepturilor și libertăților statornicite în Convenție pentru că însăși invocarea sa este restricționată de aducerea în discuție a unei prerogative cuprinse în textul european. În altă ordine de idei, art. 14 este autonom față de conținutul drepturilor și libertăților Convenției pentru că încălcarea sa este evidențiată și admisă chiar și în lipsa unei încălcări a unei alte prerogative. În acest caz, este evidentă lipsa subordonării.

Trebuie să menționăm însă că autonomia art. 14 din Convenție, deși există, este limitată sau, este necesar a fi evaluată în termeni relativi. Relativitatea autonomiei art. 14 provine din adresarea problemei dintr-o perspectivă contrară: dacă nu este constatată încălcarea unui drept conținut în Convenție, invocarea art. 14 devine futilă iar dacă se constată încălcarea de sine stătătoare a unui drept consfințit prin Convenție, atunci dimensiunea nediscriminării va fi redusă la o analiză subsidiară doar *dacă o inegalitate evidentă de tratament în exercițiul dreptului analizat constituie un aspect fundamental al litigiului cu a cărei soluționare a fost investită Curtea*¹.

Articolul 14 din Convenția Europeană atrage atenția asupra *dreptului subiectiv la nediscriminare*. Această calificare juridică pune în discuție două aspecte distincte, de importanță egală: (1) aspectul terminologic și (2) aspectul de conținut. Aspectul terminologic evocă tensiunea dintre cele două concepte prezentate ca părți integrante ale teoriei egalității – nediscriminarea și egalitatea. Trecerea sub titlul *interzicerea discriminării* cuprins în art. 14 a exprimării – *exercitarea (...) fără nici o deosebire a drepturilor și libertăților recunoscute de prezenta Convenție* – întărește argumentul expus în partea de început a lucrării noastre – potrivit căruia egalitatea și nediscriminarea pot fi tratate împreună, ca fațete ale aceluiași

¹ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, *Cauza Dudgeon împotriva Regatului Unit*, 1981, Seria A, nr. 45, paragraf 67.

principiu – asigurarea dreptății. Expresia *fără nici o deosebire* evocă teoria egalității în formularea aristotelică – tratarea egală a celor egali – însă formalizarea sa juridică este acceptată sub denumirea nediscriminării, determinând astfel dreptul la nediscriminare ca drept subiectiv.

Referitor la aspectul de conținut, analiza juridică a dreptului la nediscriminare ar fi redundantă în această etapă a lucrării noastre deoarece ar echivala unei re-examinări a următoarelor aserțiuni: (1) dreptul la nediscriminare poate fi invocat exclusiv în legătură cu drepturile și libertățile conținute în Convenție. *In extenso*, drepturile și libertățile care pot fi coroborate cu dreptul la nediscriminare sunt acelea înscrise în protocoalele adiționale la Convenție¹; (2) dreptul la nediscriminare beneficiază de o autonomie relativă – încălcarea sa nu este condiționată de încălcarea drepturilor și libertăților prevăzute de prezenta Convenție² însă, în ipoteza non-violării unui drept al Convenției, incidența art. 14 devine nulă; (3) dreptul la nediscriminare comportă un caracter subsidiar deoarece, în ipoteza încălcării unui drept al Convenției – invocat în coroborare cu art. 14, dreptul la nediscriminare va fi evaluat doar în măsura în care se consideră că incidența acestuia asupra litigiului este esențială.

Privitor la *caracterul limitat* al art. 14, opiniile afirmate în literatura de specialitate au exprimat, într-o formă plastică, caracterizări precum *normă parazită* sau *Cenușăreasa reglementărilor Convenției*³. Doctrinarii amintiți au preferat atare exprimări pentru a desemna nu atât legătura simbiotică existentă între prevederile dreptului la nediscriminare și celelalte drepturi și libertăți ale Convenției cât mai ales pentru a demonstra că spre deosebire de instrumentele supranaționale existente în sistemul onusian de drept care consacră nediscriminarea într-o manieră generală și cuprinzătoare, art. 14 are o aplicabilitate restrânsă. Cu titlu de exemplu, art. 26 din Pactul Internațional cu privire la Drepturile Civile și Politice⁴ stabilește la nivel principal: *Toate persoanele sunt egale în fața legii și au, fără discriminare, dreptul la o ocrotire egală din partea legii. În această privință legea trebuie să interzică orice discriminare și să garanteze tuturor persoanelor o ocrotire egală și eficace contra oricărei discriminări, în special de rasă, culoare, sex, limbă, religie, opinie politică sau orice altă opinie, origine națională sau socială, avere, naștere sau întemeiată pe orice altă împrejurare.*

În cadrul Convenției Europene a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale, egalitatea în fața legii nu este cuprinsă ca element de conținut al art. 14, din considerente care țin, în interpretarea noastră, de marja de apreciere a statelor. În consecință, dacă principiul egalității în fața legii ar fi fost înscris *in expressis verbis* înăuntrul Convenției, atunci judecătorul de la Strasbourg ar acționa aidoma unei instanțe de control asupra activității judecătorului național iar în fața Curții Europene, ar fi fost introduse eminamente acțiuni care să privească aplicarea inegală a legii de către judecător. Finalmente, efectul prezumtiv ar consta în standardizarea soluțiilor oferite la nivel național cauzelor privitoare la nediscriminare – aspect indezirabil într-o societate democratică⁵.

¹ După cum a statuat Curtea Europeană a Drepturilor Omului în *cauza Marckx împotriva Belgiei*, hotărârea din 13 iunie 1979, Seria nr. 31, pag. 15, paragraful 32, (...) *deși art. 14 nu are o existență independentă, el poate juca un rol autonom prin completarea celorlalte dispoziții normative din Convenție și Protocoale.*

² După cum a statuat Curtea în *cauza Rasmussen împotriva Danemarcei*, hotărârea din 28 noiembrie 1984, Seria A, nr. 87: *dreptul la nediscriminare se prezintă ca și cum ar fi parte integrantă a fiecărui articol care stabilește drepturi sau libertăți.*

³ A. Lester (Lord Lester of Herne Hill), *Equality and UK Law: past, present and future*, Public Law, 2001, pp. 77-78.

⁴ Instrumentul juridic onusian a fost adoptat și deschis spre semnare de Adunarea Generală a Națiunilor Unite la 16 decembrie 1966. Acesta a intrat în vigoare la 23 martie 1976, conform art. 49, pentru toate dispozițiile cu excepția celor de la art. 41; la 28 martie pentru dispozițiile de la art. 41. România a ratificat Pactul la 31 octombrie 1974 prin Decretul nr. 212, publicat în B. Of. nr. 146 din 20 noiembrie 1974.

⁵ Pentru referințe suplimentare, a se consulta Hotărârile pronunțate de Comisia pentru Drepturile Omului, nr. 8782/1974, nr. 8783/1974, nr. 6784/1974, Cauza X împotriva Belgiei, nr. 9, p. 13.

Din punctul nostru de vedere, caracterul limitat al art. 14 este în legătură cu o *garanție incompletă în favoarea nediscriminării*. Am folosit expresia de *garanție incompletă* întrucât drepturile și libertățile enumerate de Convenția Europeană a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale nu constituie un catalog exhaustiv de drepturi și libertăți ci doar unul parțial, rezumat la probleme incluse în prima generație de drepturi – civile și politice. Dacă documentul european este orientat către protecția drepturilor și obligațiilor de natură civilă și politică, excluzând din sfera de interes prerogativele economice, sociale și culturale sau drepturile de solidaritate iar art. 14 nu poate fi invocat decât în conexiune cu drepturile garantate de Convenția Europeană, atunci putem exprima ideea că art. 14 constituie o *garanție incompletă împotriva nediscriminării*.

Sesizând această limită, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a interpretat în mod elastic prevederile art. 14, admitând extinderea ambitusului art. 14 și la probleme înscrise în domeniul economic sau social¹. Conștientă că prerogativele din domeniul socio-economic deja garantate în textul Convenției și a protocoalelor sale adiționale precum dreptul la educație – art. 2, Protocolul 1, dreptul la proprietate – art. 1, Protocolul 1, libertatea de întrunire și asociere – art. 11 din Convenție sunt insuficiente pentru a răspunde solicitărilor sociale, Curtea Europeană a dezvoltat pe cale jurisprudențială, o conexiune între drepturile socio-economice și dreptul la nediscriminare. De exemplu, în cauza *Gaygusuz împotriva Austriei*², Curtea a inclus în sfera de incidență a art. 14 un drept de natură socială – dreptul la asistență de urgență. Mai clar, Curtea a stabilit că dreptul la asistență de urgență poate fi asimilat dreptului la proprietate atât timp cât mecanismul juridic se bazează pe contribuțiile individuale și nu pe obligația de plată a impozitelor și a altor contribuții. Coroborând dreptul la asistență de urgență cu dreptul la nediscriminare, Curtea a apreciat că dreptul la asistență nu poate fi susceptibil de un tratament diferențiat pe motiv de cetățenie.

Filozofia particulară asupra egalității conținută în art. 14 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale confirmă caracterul compozit pe care l-am apreciat în cadrul secțiunii anterioare a lucrării noastre, în momentul în care am reflectat asupra teoriilor avansate asupra ideii de egalitate. Am prezentat trăsături ale caracterului compozit prin raportare la primul punct al cercetării – cel referitor la caracterele juridice atașate dreptului la nediscriminare și vom urmări, în continuare, relevarea aceluiași caracter compozit prin raportare la categoria efectelor produse de prevederile art. 14.

Literatura de specialitate³ afirmă că specificul art. 14 în materie de efecte produse, rezidă în referințele concomitente la interdicția *discriminării directe*, *discriminării indirecte* și la problema *acțiunilor pozitive*. Deși art. 14 al Convenției proclamă o denumire neutră – aceea a dreptului la nediscriminare, jurisprudența Curții Europene dezvoltă aplicarea interdicției discriminării prin referire la toate formele de discriminare amintite.

Discriminarea directă rezultă în situația în care, din conținutul normei se desprinde, în mod direct aplicarea unui tratament diferențiat persoanelor aflate în situații similare și comparabile, în timp ce, *discriminarea indirectă* rezultă din aplicarea unor măsuri aparent neutre ale căror efecte se dovedesc a fi însă nocive pentru o categorie particulară. Măsurile pozitive vin în sprijinul unor categorii defavorizate de-a lungul timpului și au scopul de a asigura integrarea acelor grupuri.

¹ Pentru mai multe detalii, a se consulta S. Tăbușcă, *op. cit.*, pp. 39-43; C. Bîrsan, *op. cit.*, pp. 857-959.

² Hotărârea CEDO în cauza *Gaygusuz împotriva Austriei* de pe 16 septembrie 1996; pentru detalii suplimentare, a se consulta și C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 957; S. Tăbușcă, *op. cit.*, pp. 38-43.

³ J. Gerards, *The Application of Article 14 by the European Court of Human Rights*, citat în J. Niessen și I. Chopin, *The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe*, Martinus Nijhoff Publications, Leiden, Boston, 2004, pp. 3-60.

Observăm că cele două forme de discriminare pornesc de la premise diferite: discriminarea directă presupune o diferență în tratament perceptibilă la nivelul simțului comun iar discriminarea indirectă pornește de la o măsură care aparent este neutră dar care în mod concret determină efecte negative asupra unei categorii particulare de indivizi. În jurisprudența Curții Europene, standardul pentru abordarea discriminării directe a fost stabilit prin apel la cauza *Rasmussen împotriva Danemarcei*¹ iar standardul pentru abordarea discriminării indirecte rezultă din cauza *Thlimmenos împotriva Greciei*².

Standardul minimal de identificare a discriminării descris în cauza *Rasmussen împotriva Danemarcei* rezultă din verificarea cumulativă a următoarelor cerințe: (1) invocarea art. 14 împreună cu un drept consacrat prin Convenție (după cum vom sublinia în rândurile care urmează, art. 1 din Protocolul nr. 12 va extinde garanția împotriva discriminării la standarde generale, urmând să se aplice asupra tuturor drepturilor care au consacrat legală); (2) să existe o diferență de tratament care să fie determinată de criteriile enumerate în art. 14; (3) diferența de tratament să se refere la situații analoge și comparabile (caracterele *comparabil* și *analog* există în măsura în care situațiile sunt similare de natură să permită aplicarea unui referențial comun pentru comparație iar comparabilitatea va avea loc între aspectele relevante ale situațiilor luate în considerare); (4) să se verifice dacă diferența de tratament se întemeiază sau nu pe o justificare obiectivă și rezonabilă³.

Asupra primei condiții nu simțim nevoia să insistăm deoarece conexiunea intimă dintre art. 14 și celelalte drepturi și libertăți statuate în Convenția Europeană a reprezentat obiectul analizei noastre atunci când am analizat caracterele juridice pe care literatura de specialitate le-a atașat textului art. 14. Suntem de părere că cea de-a doua cerință, referitoare la criteriile de discriminare, se impune a fi dezvoltată. Textual, art. 14 se referă la asigurarea posibilității de exercitare a drepturilor și a libertăților stipulate în conținutul Convenției, *fără nici o deosebire bazată, în special pe: sex, rasă, culoare, limbă, religie, opinii politice sau orice alte opinii, origine națională sau socială, apartenență la o minoritate națională, avere, naștere sau orice altă situație*. Prima noastră observație se referă la caracterul deschis al enumerării. Lista criteriilor discriminatorii cuprinsă în art. 14 nu este limitativă ci exemplificativă, concluzie care rezultă din formulările utilizate în textul european *în special și orice altă situație*.

Ultima sintagmă a constituit obiectul nenumăratelor controverse fiind dificil a statornici semnificația clară avută în vedere în momentul redactării. Pe cale jurisprudențială, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a interpretat în mod extensiv expresia *orice altă situație*, stabilind că atât timp cât o anumită stare factuală este circumscrisă unui drept sau unei libertăți conținute în Convenția Europeană, se poate încadra în categoria menționată anterior⁴. În pofida interpretării laxo promovate de Curte, sistemul juridic englez avansează o abordare

¹ Hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului în cauza *Rasmussen împotriva Danemarcei* din 28 noiembrie 1984, Seria A, nr. 87, par. 36 și urm.

² Hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului în cauza *Thlimmenos împotriva Greciei* din 6 aprilie 2000, par. 41.

³ Pentru mai multe detalii, a se consulta S. Tăbușcă, *op. cit.*, p. 49.

⁴ *Exempli gratia*, pot fi apreciate ca aparținând domeniului de aplicare a art. 14 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului în virtutea criteriului *orice altă situație*: distincția realizată în funcție de diferitele categorii de paternități (cauza *Paulik împotriva Slovaciei* nr. 10699/05) – în speță este abordată paternitatea bazată pe prezumția relativă și paternitatea bazată pe o prezumție absolută; distincția realizată în funcție de calitatea de membri ai serviciilor de securitate (cauza *Sidabras și Dziutas împotriva Lituaniei*, hotărârea din 27 iulie 2004), fapt ce a determinat ca asupra reclamanților să cadă interdicția de a ocupa posturi în sectorul privat; distincția realizată în funcție de deplasarea unei anumite persoane pe teritoriul intern, al unui stat (cauza *Sekerovic și Pasalic împotriva Bosniei-Herțegovinei* nr. 5920/04, nr. 67396/09) în cadrul căreia Curtea a acceptat ca motiv de discriminare statutul de persoană deplasată intern dat fiind faptul că în funcție de aplicarea acestui criteriu, s-a comis discriminarea între pensionarii care pe parcursul războiului au rămas pe teritoriul Federației și pensionarii care au părăsit în acea perioadă teritoriul.

particulară asupra problemei, statuând pe cale jurisprudențială, ideea conform căreia *orice altă situație* menționată în enumerarea art. 14 echivalează cu *orice caracteristică personală a litigantului* nu doar cu orice altă situație obiectivă în care acesta se regăsește. Sunt edificatoare în acest sens cauzele *RJM*¹ și *Al Serbia*² în care Camera Lorzilor afirmă că reprezintă criterii discriminatorii calitatea de om al străzii sau calitatea de tânăr fără părinți sau familie.

Doctrina anglo-saxonă³ explică expresia *orice altă situație* construind o teorie înscrisă pe coordonatele psihologiei juridice, denumită *teoria cercurilor concentrice*. Potrivit acestei teorii, caracteristicile personale sunt așezate în jurul nucleului personalității în cercuri concentrice, de natură ca în partea centrală să se găsească trăsăturile personale innăscute, urmând apoi trăsăturile personale cvasi-innăscute care coincid cu prerogativele enunțate în lăuntru teoriei clasice liberale (libertatea de asociere, libertatea de exprimare, libertatea de religie). Partea exterioară a nucleului personalității este dată de trăsăturile umane care rezultă în urma trăsăturilor de caracter oferite de ocupația individului sau de efectele pe care interacțiunile sociale le au asupra individului.

Criteriile discriminatorii evocate în cea de-a doua condiție impusă de testul discriminării propus de Curte în cauza *Rasmussen* sunt în corelație directă cu justificarea discriminării menționată ca și condiție ultimă a aceluiași test. În acest sens, evaluarea justificării discriminării este realizată diferit după cum criteriile discriminatorii care sunt invocate sunt clasificate ca și *suspecte* sau *non-suspecte*⁴. Sunt *suspecte* acele criterii discriminatorii supuse unei scrutări din partea Curții în ipoteza în care se dezbate justificarea discriminării. Mai clar, în prezența criteriilor suspecte discriminarea se justifică doar dacă sunt îndeplinite cumulativ cerințele descrise de Curtea Europeană și dezvoltate în jurisprudență. Astfel, criteriul esențial de justificare ilustrat în activitatea Curții este mai complex decât cel avut în vedere în cauza *Rasmussen* și stabilește că: *diferența de tratament este discriminatorie dacă aceasta nu are o justificare obiectivă și rezonabilă, nu urmărește un scop legitim sau nu există un raport rezonabil de proporționalitate între mijloacele folosite și scopul urmărit a fi realizat*⁵. Criteriile considerate suspecte precum *sexul, rasa sau vârsta* sunt obiect al unei investigații minuțioase din partea instanței europene pentru a fi împiedicate justificări nedrepte ale fenomenului discriminării. Totodată, un criteriu suspect de discriminare este supus evaluării minuțioase și la nivel național. Puterea statelor de a decide în chestiuni care implică circumstanțe asupra cărora autoritățile naționale dețin o mai bună cunoaștere se traduce în marja de apreciere a statelor – aceasta din urmă fiind utilizată cu prudență în momentul justificării, în context național, a unui act discriminatoriu fundamentat pe un atare criteriu. După cum însăși Curtea Europeană a statuat, în cazul discriminărilor fundamentate pe criterii suspecte, marja de apreciere a statelor se estompează iar justificarea discriminării din punctul de vedere al proporționalității nu se rezumă la a verifica dacă mijloacele utilizate de state sunt potrivite/proportionale cu scopul care se dorește atins, fiind obligatoriu a se verifica dacă măsurile implementate au fost sau nu necesare pentru atingerea scopului respectiv⁶.

Tratamentul jurisprudențial al discriminării indirecte și luarea în considerare a egalității substanțiale sunt aspecte anticipate din secțiunea anterioară a lucrării noastre și reflectate,

¹ Cauza *R (RJM) împotriva Secretarului de Stat pentru Muncă și Pensii*, 2007.

² Cauza *AL Serbia (FC) împotriva Secretarului de Stat Pentru Departamentul de Locuințe*, 2008.

³ Pentru mai multe detalii, a se consulta J. Gerards, *The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention On Human Rights*, Human Rights Law Review, Volume 13, Issue 1, Oxford University Press, 2013, pp. 99-124.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Cauza *Aspecte specifice ale legii privind folosirea limbilor oficiale în sistemul educațional belgian împotriva Belgiei*, Hotărârea din 23 iulie 1968, Seria A, nr. 6; Cauza *Abdulaziz, Cabales și Balkandali împotriva Marii Britanii*, hotărârea nr. 9214/80, 9473/80 și 9474/81 din 28 mai 1985, Seria A nr. 94, paragraf 72.

⁶ *Ibidem*.

după cum deja am sesizat, în cauza *Thlimmenos împotriva Greciei*¹. Suntem de părere că relevanța speței menționate decurge din schimbarea perspectivei Curții Europene asupra teoriei egalității și asupra modului de înțelegere al echității și justiției care în mod inevitabil sunt conexe acesteia. De la egalitatea formală – preocupată de asigurarea unor prescripții care să fie compatibile cu logica juridică construită până în momentul respectiv, Curtea a evoluat la o concepție complexă asupra egalității pe care o denumim *substanțială* și în temeiul căreia preocuparea nu rezidă în ordinea formală impusă de lege ci în *efectele pe care norma le produce asupra indivizilor*. Dincolo de aceste aprecieri, din punctul nostru de vedere, relevanța esențială în schimbarea percepției asupra egalității către noțiunea de *egalitate substanțială* constă în admiterea diferențelor, în includerea faptului de a fi diferit în conținutul teoriei egalității. Este interesant de observat că egalitatea substanțială formulează o teorie a egalității care încetează să fie neutră (din punctul de vedere al criteriilor precum rasă, religie sau sex) din dorința de a asigura justiția și care devine conștientă de nevoia de identificare și de acceptare a acelor distincții. Acest fenomen apreciem că s-a produs și în cauza *Thlimmenos* întrucât referențialul pentru teoria formală a egalității – care era asigurat de modelul bărbatului creștin, alb, heterosexual și fără dizabilități² a fost modificat în ceea ce privește criteriul religios. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat că este discriminatorie condamnarea domnului Thlimmenos pentru neconformarea cu obligativitatea de a purta uniforma militară deoarece comportamentul neconform decurge, în acest caz, din temeiuri religioase și de conștiință. Într-adevăr, problema centrală a speței constă în sublinierea modului în care o măsură aparent neutră (stabilirea prin lege de sancțiuni pentru neîndeplinirea obligațiilor militare) conduce la dezavantaje pentru un anumit individ; în subsidiar însă, problema discriminării indirecte este estompată pentru a putea fi analizată problema *egalității substanțiale* care vine să asigure justiție pentru domnul Thlimmenos. Acesta din urmă nu se putea conforma standardului legal (ne-sensibilizat la problema religioasă) din rațiuni care nu au fost considerate de norma generală – este vorba despre aspecte care țin de religie și conștiință. Prin cauza Thlimmenos regula potrivit căreia *cei aflați în situații diferite trebuie să fie tratați diferit* a dobândit recunoaștere oficială sancționând atât dimensiunea egalității substanțiale cât și dimensiunea discriminării indirecte.

Rămânând în sfera efectelor produse ca urmare a aplicării art. 14 și referindu-ne la acțiunile pozitive, putem afirma că vocația Curții Europene în materie de egalitate nu se îndepărtează de standardul universal afirmat în ceea ce privește protecția tuturor drepturilor și libertăților consacrate prin Convenție; vocația instanței europene se manifestă, într-adevăr, în sensul garantării de drepturi practice și nu în sensul consacării de drepturi teoretice și iluzorii.

Suntem de părere că admiterea acțiunilor pozitive ca și consecințe ale aplicării art. 14 constituie un raționament corect și în spiritul normelor conținute în Convenție. Reprezentând o altă dimensiune a egalității substanțiale, acțiunile pozitive sunt menite a corecta inegalitățile de fapt; acțiunile pozitive sunt juste atât timp cât, la nivel factual, respectiva stare de inegalitate nu a fost depășită. Curtea Europeană a statuat în mod expres în favoarea acțiunilor pozitive afirmând incidența lor sub reglementările Convenției: *într-adevăr, în anumite situații, eșecul în tentativa de a corecta inegalitățile de fapt prin mijloace de tratament diferite poate fi considerat, în sine, ca o încălcare a art. 14*³.

¹ Hotărârea Curții Europene a Drepturilor Omului pronunțată în cauza *Thlimmenos împotriva Greciei* la data de 6 aprilie 2000.

² Pentru mai multe detalii, a se consulta S. Fredman, *Introduction to Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 8-10.

³ Cauza *D.H. împotriva Czech Republic*, Aplicația nr. 57325/00, 2007, par. 175.

Ca dimensiuni înscrise în sfera egalității substanțiale, discriminarea indirectă și acțiunile pozitive introduc elementul egalității în fapt sau al egalității prin raportare la date concrete. Cele două instituții juridice sunt relevante în analiza jurisprudențială a teoriei egalității datorită misiunii lor meta-juridice (ne referim prin această exprimare la misiunea acțiunilor pozitive și a combaterii discriminării indirecte – de a acționa în sensul ajustării prevederilor legale pentru a produce efecte vizibile, inclusiv prin evaluarea și includerea unor elemente specifice pentru existența umană, dintre care, în cercetarea noastră, primul considerat va fi cultura).

○ II.2. Analiză asupra transpoziției teoriei egalității în cuprinsul art. 1 din Protocolul 12 al Convenției Europene a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale¹

Prin art. 1 cuprins în Protocolul nr. 12² al Convenției Europene nu se rescrie conținutul art. 14 din Convenția Europeană ci doar se extinde garanția împotriva nediscriminării în forma în care aceasta a fost concepută inițial. Este demn de remarcat că prin formularea art. 1 din Protocolul nr. 12 la Convenție, criteriile de nediscriminare enumerate în art. 14 rămân neschimbate. Unicele modificări se referă la: (1) extinderea garanției împotriva discriminării asupra tuturor drepturilor prevăzute prin lege, (2) la adăugarea, în lăuntrul celui de-al doilea paragraf, a obligației autorităților publice de a nu discrimina în temeiul criteriilor enunțate și (3) la renunțarea la referința despre libertăți, fiind inclusă, în primul paragraf doar referința despre drepturi: *1. Exercițarea oricărui drept prevăzut de lege trebuie să fie asigurată fără nicio discriminare bazată, în special, pe sex, pe rasă, culoare, limbă, religie, opinii politice sau orice alte opinii, origine națională sau socială, apartenența la o minoritate națională, avere, naștere sau oricare altă situație. 2. Nimeni nu va fi discriminat de o autoritate publică pe baza oricăruia dintre motivele menționate în par. 1.*

În aceeași ordine de idei, cu privire la aspectele referitoare la extinderea garanției de nediscriminare asupra oricărui drept prevăzut de lege și la stabilirea obligației autorităților publice de a nu discrimina, unele comentarii suplimentare se impun. Protecția împotriva discriminării garantată prin art. 1 Protocolul nr. 12 la Convenție, fără a invalida regula nediscriminării conturată în art. 14, se referă la: exercițiul unui drept garantat în conformitate cu legislația națională; exercițiul unui drept pe care un anumit individ îl are împotriva unei autorități publice atât timp cât autoritatea publică este obligată, potrivit reglementărilor legale naționale în vigoare, să adopte o anumită conduită; exercițiul unui drept pe care individul îl are împotriva unei autorități naționale dacă aceasta din urmă înțelege să își exercite puterea discreționară; exercițiul unui drept pe care individul îl are împotriva unei autorități publice dacă, prin lege, aceasta are de îndeplinit o anumită acțiune sau are obligația de abținere și nu se conformează obligațiilor legale³.

Cu privire la lipsa referințelor privitoare la *libertăți* din formularea art. 1 din Protocolul nr. 12 al Convenției, sunt necesare, din nou, unele explicații. Este clar că formularea de incipit a

¹ Pentru detalii suplimentare a se consulta M.B. Berna, *Equality and non-discrimination within the legal system of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. A peculiar approach to the discriminatory criterion of gender*, articol publicat în Titu Maiorescu University Law Review, Ed. Hamangiu, București, 2015, ISSN 1584-4781, pp. 36-50.

² Protocolul nr. 12 – instrument legal european care completează Convenția Europeană pentru protecția Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale, a fost încheiat la Roma, la 4 noiembrie 2000 și a intrat în vigoare la 1 aprilie 2005; România a ratificat Protocolul nr. 12 la Convenție prin Legea nr. 103/2006, publicată în M. Of. nr. 375 din 2 mai 2006.

³ Pentru mai multe detalii, a se consulta, S. Tăbușcă, *op. cit.*, p. 44.

celor două texte cuprinse în Convenție diferă în ceea ce privește statuarea sferei de cuprindere. Din rațiuni de sistematizare, prezentăm comparativ formulările care ne interesează: art. 14 din Convenția Europeană menționează în sfera de aplicabilitate a nediscriminării: *Exercitarea drepturilor și libertăților recunoscute de prezenta Convenție trebuie să fie asigurată (...)*, art. 1 din Protocolul nr. 12 rezumându-se la a re-afirma dreptul subiectiv la nediscriminare, în sens general, cu referire exclusivă la drepturi: *Exercitarea oricărui drept prevăzut de lege trebuie să fie asigurată*.

Literatura de specialitate¹ nu prezintă coerență sub forma unui standard comun aplicabil definirii noțiunilor de *drept* și *libertate*. Opiniile exprimate tind să fie contradictorii, pe de o parte fiind susținută argumentația pe care am numit-o *teoria monolit* – în virtutea căreia cele două noțiuni se pot confunda, neexistând distincții nici măcar de ordin teoretic, pe de altă parte, remarcându-se argumentația pe care am desemnat-o prin expresia *teoria dualistă* în temeiul căreia drepturile trebuie distinse de libertăți, cele două noțiuni având sfere conceptuale diferite.

În sistemul de drept al Consiliului Europei, diferența dintre drepturi și libertăți este reafirmată în mod vizibil, prin utilizarea lor diferită în formularea textelor Convenției. Pornind de la titlul principalului document de protecție a drepturilor omului existent în sistemul de drept al Consiliului Europei – Convenția Europeană pentru Protecția Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale – și continuând cu stipulațiile propriu-zise ale Convenției – care desemnează atât drepturi (*exempli gratia*, art. 2 – *dreptul la viață*, art. 5 – *dreptul la libertate și siguranță*, art. 6 – *dreptul la un proces echitabil*) cât și libertăți (*exempli gratia*, art. 9 – *libertatea de gândire, de conștiință și de religie*, art. 10 – *libertatea de exprimare*, art. 11 – *libertatea de întrunire și de asociere*), diferențierea dintre drepturi și libertăți este evidentă la nivel practic; această obligă ca în plan teoretic, să existe o diferențiere corespondentă care să asigure fundamentul pentru distincția practică identificată.

Achiesăm la distincțiile doctrinare² operate între cele două concepte supuse analizei iar, în consecință, conchidem că dacă *dreptul* presupune posibilitatea individului, recunoscută pe cale oficială, de a solicita intervenția puterii publice pentru ca prerogativele sale să îi fie respectate și satisfăcute, prin contrast, *libertatea* reprezintă prerogativa individului de a acționa în mod nestingherit, fără intervenția autorităților publice.

Reținem, în sinteză la informațiile prezentate anterior faptul că practica jurisprudențială a Curții Europene în materie de nediscriminare a fost dezvoltată cu precădere în aplicarea art. 14, art. 1 din Protocolul 12 având un rol subsidiar, existând un număr redus de state care au ratificat instrumentul legal european³. În lumina acestei observații, suntem de părere că art. 1 din Protocolul nr. 12 al Convenției Europene lasă în continuare posibilitatea aplicării art. 14 din Convenția Europeană; mai mult decât atât, cele două texte ale Convenției se găsesc în relații de

¹ I. Muraru, E.S. Tănăsescu, *Drept Constituțional și instituții politice*, Ed. Lumina Lex, București, 2001. F. Sudre, *Drept european și internațional al drepturilor omului*, Ed. Polirom, Iași, 2006. J.-F. Renucci, *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Ed. Hamangiu, București, 2009.

² J. Morange, *Libertățile publice*, ed. a 7-a actualizată, Ed. Rosetti, București, 2002, p. 5, afirmă, în tentativa de a defini dreptul ca prerogativă individuală, următoarele: *drepturile publice individuale reprezintă posibilități recunoscute indivizilor de a cere din partea Statului luarea unor măsuri concrete, asumarea unor obligații pozitive, pentru ca aceștia să poată beneficia pe deplin de exercițiul drepturilor*; Dicționarul Explicativ al Limbii Române, Academia Română, Institutul de lingvistică Iorgu Iordan, ed. a II-a, Ed. Univers Enciclopedic-București, 1994, p. 570 explică noțiunea de libertate după cum urmează: *posibilitatea de a acționa după propria voință sau dorință; posibilitatea de acțiune conștientă a oamenilor în condițiile cunoașterii (și stăpânirii) legilor de dezvoltare a societății și naturii*.

³ Conform datelor obținute în urma documentării electronice în sistem informatic prin accesarea site-ului <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177/signatures> (accesat la data de 3 martie 2020) 20 state membre au ratificat Protocolul nr. 12 al Convenției, iar alte 18 l-au semnat.

complementaritate astfel încât în ipoteza în care un stat membru al Convenției nu a ratificat Protocolul nr. 12, acesta se poate bucura de garanția de nediscriminare stabilită în art. 14.

O II.3. Introducerea factorului cultural în studiul întreprins asupra teoriei egalității în contextul Convenției Europene a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale

Introducerea factorului cultural în studiul teoriei egalității este în primul rând, un exercițiu de validare a modelului egalității substanțiale. Unul dintre obiectivele lucrării constă în demonstrarea conexiunii existente între factorul cultural și fenomenul discriminării (în funcție de criteriul *sex*) pentru ca, în subsidiar, să urmărim demonstrarea a ceea ce numim generic *teoria incongruenței* (respectiv lipsa de sincronizare între prevederile legale și discriminările apărute pe fond cultural, luând în considerare faptul că existența prevederilor legale în materie de nediscriminare nu au forța de a contracara discriminările de tipologie culturală).

În al doilea rând, introducerea factorului cultural în studiul teoriei egalității, este determinată de atipic în lumina a două considerente: (1) cuprinderea elementului cultural în reglementările legale este un aspect pe cât de dificil pe atât de necesar; (2) în pofida existenței unor garanții legale în favoarea fenomenului cultural, discriminarea persistă și este, în unele cazuri, legitimată prin apel la *teoria apărării discriminării* (cuprinzătoare a argumentelor privitoare la *atingerea unui scop legitim, justificarea obiectivă și rezonabilă, necesitatea existenței într-o societate democratică, respectarea proporționalității*).

Resimțim nevoia în acest punct al lucrării noastre să reiterăm, din motive de claritate, planul ideatic expus în capitolele anterioare: (1) referințele la *factorul cultural* se cuvin a fi înțelese în sensul desemnării *identității culturale* – noțiune care, transpusă în plan juridic, echivalează cu *dreptul la identitate culturală*; (2) prin *dreptul la identitate culturală* înțelegem adeviziunea individului la un anumit set de valori care caracterizează o comunitate dată și la un stil de viață specific; (3) dreptul la identitate culturală se manifestă prin intermediul unei dimensiuni *volitionale*, dat fiind faptul că identitatea culturală este construită de individ prin efort propriu și prin relațiile sociale pe care le stabilește cu ceilalți membri ai societății.

Având prezente informațiile expuse anterior și privind către sistemul de drept al Convenției Europene a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale, observăm că art. 14 nu menționează *in expressis verbis*, printre criteriile de discriminare *identitatea culturală* iar întregul text al Convenției nu reglementează, *in expressis verbis*, *dreptul la identitate culturală*. Situația juridică descrisă nu constituie, din punctul nostru de vedere, o limită a cercetării și nici nu desemnează o problemă care nu poate fi surmontată pe calea interpretării. Într-adevăr, lipsindu-ne de instrumentul hermeneutic, absența referințelor privitoare la factorul cultural (înțeles în sensul descris anterior) poate constitui o limită veritabilă; cu toate acestea, vom demonstra, pe cale interpretativă, că lipsa prevederilor exprese asupra culturii în textul Convenției Europene poate constitui o limită formală în combaterea discriminării pe considerente culturale, nu o limită substanțială.

În cele ce urmează, vom structura argumentul în virtutea căruia deși ne-reglementat *in expressis verbis* în conținutul Convenției Europene pentru Protecția Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale, *dreptul la identitate culturală* poate fi inclus în sistemul de drept al Convenției Europene pe cale interpretativă. În consecință *interdicția discriminării pe considerente culturale* va fi, de asemenea, statuată pe cale interpretativă.

Statuarea pe cale interpretativă a dreptului la identitate culturală rezultă din analiza asupra art. 8 din Convenție referitor la *dreptul la respectarea vieții private și de familie*,

respectiv din evaluarea art. 9 cuprins în același document european privind *libertatea de gândire, de conștiință și de religie*.

Din rațiuni de sistematizare, reținem textul art. 8 astfel cum este enunțat în Convenție: 1. *Orice persoană are dreptul la respectarea vieții sale private și de familie, a domiciliului său și a corespondenței sale.* 2. *Nu este admis amestecul unei autorități publice în exercitarea acestui drept decât în măsura în care acesta este prevăzut de lege și constituie, într-o societate democratică, o măsură necesară pentru securitatea națională, siguranța publică, bunăstarea economică a țării, apărarea ordinii și prevenirea faptelor penale, protecția sănătății, a moralei, a drepturilor și a libertăților altora.*

În cazul art. 8, opinăm că liantul cu dreptul la identitate culturală este stabilit în mod esențial în prima dimensiune menționată în titlul articolului – respectiv dreptul la respectarea vieții private. Literatura de specialitate¹ atestă în mod corect că respectarea vieții private reprezintă o realitate socială care variază în funcție de contextul social evocat și de modul în care individul se adaptează la acesta. Mai mult, respectarea vieții private – ca îndatorire normativă², implică dificultăți din partea subiectului de drept întrucât sfera sa deosebit de complexă impune dificultăți de definire (din partea celui care formulează norma) și dificultăți de receptare (din partea subiectului de drept). În primul rând, instanța europeană arată³ că protecția vieții private se manifestă atât în sfera intimă a persoanei, în care existența sa se desfășoară independent de lumea exterioară, cât și în sfera publică (*exempli gratia*, sfera profesională) înăuntrul căreia individul își creează identitatea personală prin interacțiune cu ceilalți membri ai societății, conștientizând că prin dialog, sunt transmise și evidențiate valorile pe care individul le promovează în sfera privată, identificându-se cu ele. În acest punct rezidă și evidența similitudinii dintre dreptul la respectarea vieții private și dreptul la identitate culturală: existența individului – prin raportare la sfera publică sau la sfera privată – presupune o conduită care să reflecte valorile la care achiesează individul iar adeziunea la un anumit set de valori se traduce prin dreptul la identitate culturală.

Demonstrarea conexiunii dintre libertatea de gândire, conștiință și religie înscrisă în art. 9 și dreptul la identitate culturală derivă în mod natural, din punctul nostru de vedere, dacă avem în vedere o privire comparativă cu art. 8.

În cazul art. 9, valorile la care achiesează individul sunt ilustrate încă din titlul articolului și redate și dezvoltate apoi în conținutul acestuia: 1. *Orice persoană are dreptul la libertate de gândire, de conștiință și de religie; acest drept include libertatea de a-și schimba religia sau convingerile, precum și libertatea de a-și manifesta religia sau convingerea în mod individual sau colectiv, în public sau în particular, prin cult, învățământ, practici și îndeplinirea ritualurilor.* 2. *Libertatea de a-și manifesta religia sau convingerile nu poate face obiectul altor restrângeri decât cele prevăzute de lege care, într-o societate democratică, constituie măsuri necesare pentru siguranța publică, protecția ordinii, a sănătății, a moralei publice, a drepturilor și a libertăților altora.*

Din punctul nostru de vedere, valorile enumerate aparțin sferei interne a individului și se referă la libera alegere/modificare sau transformare a ideilor centrale – de natură rațională, morală sau religioasă – care îndrumă viața individului.

¹ C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 602; F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9^{ème} édition revue et augmentée, PUF, Paris, 2008, pp. 453 și urm.

² Potrivit jurisprudenței dezvoltată de instanța europeană (cauza *Tyrer împotriva Regatului Unit*, cauza *Ignaccolo-Zenide împotriva României*, cauza *Dudgeon împotriva Regatului Unit*, ș.a.) respectarea vieții private impune, în sarcina statelor semnatare ale Convenției, atât obligații negative (de non-ingerință în exercitarea prerogativelor incluse în conținutul dreptului la viață privată) cât și obligații pozitive (de adoptare a unor măsuri adecvate pentru asigurarea împlinirii efective a prerogativelor menționate).

³ Cauza *Mikulic împotriva Croației*, 7 februarie 2002, par. 53; cauza *Niemietz împotriva Germaniei*, 16 decembrie 1992, par. 29; cauza *Campagno împotriva Italiei*, 23 martie 2006, par. 53.

Literatura de specialitate¹ a subliniat, în mod argumentat, faptul că libertățile prevăzute în art. 9 sunt absolute dacă sunt privite prin prisma *forului intern* al individului și sunt relative dacă sunt analizate în corelație cu *forul extern*. Într-adevăr, libertatea de gândire, conștiință și religie nu poate comporta limite dacă spațiul său de ființare se referă la spiritul și raționalitatea omului. În forul său intern, individul este absolut liber și necondiționat, fiind capabil să își stabilească, în mod independent, înțelegerea și conceptualizarea faptelor/întâmplărilor care se petrec în mediul său și care îl afectează în mod direct. Aducem în discuție prerogativa individuală de a avea o accepțiune proprie asupra lumii. Dacă am accepta ipoteza potrivit căreia statul poate interveni, din acest punct de vedere, pentru modificarea forului intern al individului, atunci garanția statuată în art. 9 ar fi completamente superfluă. Bineînțeles, în cazul transpunerii libertăților menționate în contextul forului extern, acestea fiind manifestate în relațiile sociale, limitarea trebuie să existe, după cum subliniază și textul Convenției.

Manifestarea, în contextul forului extern al individului, a libertății de gândire și de conștiință, se apropie, ca mod de realizare, de libertatea de exprimare (garantată în art. 10 al Convenției Europene) fără a se confunda, din punctul nostru de vedere, cu aceasta. În primul rând, înțelegerea riguroasă a mecanismului de ființare a libertății de gândire și de conștiință, se referă la stabilirea unor criterii de definire a conținutului lor. Distincția pe care o propunem se realizează în funcție de *modelul dual raționalitate-moralitate* – primul atribut fiindu-i corespunzător *libertății de gândire* iar cel de-al doilea fiindu-i atașat *libertății de conștiință*. Libertatea de gândire poartă asupra unei stări analitice a individului care, distingând între evenimentele sociale, le filtrează, supunându-le unei analize complexe, de ordin rațional, în urma căreia individul reușește să își explice cauzalitatea/relevanța/contextul în care s-au petrecut respectivele evenimente.

Pe de altă parte, *libertatea de conștiință* presupune, în opinia noastră, mai mult decât un raționament logic întreprins pentru a asigura explicații asupra evenimentelor vieții cotidiene; aceasta implică realizarea de corelații, de aprecieri sau evaluări de natură morală, implică sortarea și filtrarea opțiunilor sociale extrase pe calea raționamentului logic pentru ca, finalmente, individul să poată alege în conformitate cu propria sa structură morală. În al doilea rând, adresarea libertății de gândire și conștiință necesită precizări asupra modului de manifestare în contextul forului extern. Libertatea de gândire și conștiință, exercitată prin apel la forul extern al individului, nu se limitează la a transmite în mod public, pe cale verbală, ideile concretizate în forul intern. Dimpotrivă, forul extern al individului are o cuprindere mai amplă și se referă inclusiv la comportamentele pe care acesta le manifestă în context social.

Privitor la exercitarea externă a libertății de conștiință, literatura de specialitate² a realizat corelația libertate de conștiință-libertate de exprimare-libertate de cult, asigurând că libertatea conștiință se regăsește ca element median între cele două. Apreciem demersul dificil al opiniei doctrinare exprimate de a surprinde în mod clar și sintetic, într-un model specific, sfera de cuprindere a libertății de conștiință. Suntem de acord cu opinia doctrinară exprimată în sensul în care, libertatea de conștiință nu poate fi detașată de libertatea religioasă (privită în dimensiunea libertății de cult), însă apreciem că libertatea de conștiință nu poate fi redusă la aceasta pentru că în acest caz, orice distincție ar fi estompată iar libertatea de conștiință s-ar prezenta precum un agregat al libertății religioase, concluzie pe care o considerăm incorectă. Libertatea de conștiință se referă, în primul rând la *libertatea de construire a standardelor morale personale* care urmează a fi aplicate ori de câte ori individul se află într-o dilemă morală. Libertatea de conștiință presupune stabilirea unui sistem filozofico-moral care să ghideze

¹ F. Sudre, *op. cit.*, pp. 406 și urm.; C. Bîrsan, *op. cit.*, pp. 738-741.

² J. Robert, *Liberté de conscience, pluralisme et tolérance*, citat în *Liberté de conscience*, Conseil de

¹ Europe, 1993, p. 27.

individul atât în plan intern (al concepțiilor morale) cât mai ales în plan extern (al comportamentelor și interacțiunilor sociale).

În cazul *libertății religioase*, dificultățile întâlnite sunt observabile atât la nivel definițional cât și la nivel practic. Curtea Europeană a Drepturilor Omului nu a obținut un tipar clasic de definire a religiei iar doctrina a întâlnit aceeași limită esențială. Este important a tranșa problema libertății de religie prin a statua în mod clar *ce este religia*; în caz contrar, dezbaterea asupra libertății religioase este lipsită de conținut. Beneficiind de mai multă flexibilitate, prin comparație cu instanța europeană (care este ținută, în elaborarea raționamentelor de conținutul Convenției Europene), doctrina¹ a admis imposibilitatea definițională în care se regăsește termenul *religie* datorită dimensiunii sale descriptive care o plasează mai degrabă într-o matrice ideală – în virtutea căreia religia se numără printre ideile fundamentale ale umanității decât într-un model definițional rigid.

În pofida acestei acceptări, literatura de specialitate anglo-saxonă a contribuit la construcția jurisprudențială² a sferei de cuprindere religioasă, rezumând simplu ideea de religie la *vocația omului de a venera prin cult o deitate*. Contribuind la aceeași cauză, Lordul Toulson îmbină posibilitatea de surprindere descriptivă a religiei cu imposibilitatea definițională atașată în mod clasic termenului, stabilind, pe cale jurisprudențială³, un *test definițional descriptiv* fundamentat pe cercetarea a patru trăsături fundamentale: (1) religia este un sistem de credințe spiritual sau non-secular; (2) adepții unui anumit sistem de credințe trebuie să se organizeze într-o comunitate; (3) sistemul de credințe are utilitatea de a explica locul omenirii în univers și relația sa cu Infinitul; (4) există un cod de comportamente și manifestări care este consecvent cu sistemul de credințe la care își exprimă adeziunea individul. În mod similar testului propus de doctrina și practica anglo-saxonă, instanța europeană a avansat un test propriu cu scopul de a fi instrumentat pentru evaluarea sferei de cuprindere a religiei.

Urmând calea jurisprudențială⁴, Curtea Europeană a distins între (1) adeziunea individului la credințele religioase tradiționale, care se bucură de recunoaștere globală și (2) adeziunea individului la credințele religioase mai puțin cunoscute, stipulând că sintagma *credințe religioase* se identifică ideilor/punctelor de vedere care ating un anumit nivel de forță, de seriozitate și de coerență.

Limitele aplicării libertății de religie decurg din limitele definiționale întrucât ne punem problema cum pot acționa acestea atât timp cât libertatea religioasă nu beneficiază de rigurozitate definițională. Conținutul complex și elastic al libertății religioase poate fi generator de polemici referitoare la modul de abordare a raporturilor dintre stat și religie, a raporturilor dintre gradul de garantare a pluralismului religios și limitele existente într-o societate democratică, respectiv a raporturilor dintre evidențierea publică a însemnelor religioase și respectarea egalității de gen ca principiu galvanizator al sistemului european de drept născut sub auspiciile Convenției Europene a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale. Ne vom opri cu explicațiile asupra problemelor enumerate deoarece acestea vor constitui obiectul de studiu al unei secțiuni distincte a lucrării înlăuntrul căreia vom evidenția nuanțele multiple pe care le are factorul cultural în dimensiunea sa religioasă și implicațiile aduse de aceste

¹ L. Zucca, *A marriage made in heaven? The relationship between religious pluralism and secularism*, în *Democracy, Law and Religious Pluralism in Europe. Secularism and post-secularism*, editori Ferran Requejo și Camil Ungureanu, Editura Routledge Taylor and Francis, New York, 2014, pp. 147-160. F. Requejo, *Religion and liberal democracies. Final Remarks*, în *Democracy, Law and Religious Pluralism in Europe. Secularism and post-secularism*, editori Ferran Requejo și Camil Ungureanu, Ed. Routledge Taylor and Francis, New York, 2014, pp. 200-213.

² Cauza R. împotriva Registrar General, Ex parte Segerdal, 1970, p. 707.

³ Cauza R. împotriva Registrului General de Nașteri, Decese și Căsătorii, 2013, p. 58.

⁴ Cauza Campbell și Consans împotriva Regatului Unit, par. 36.

nuanțe/conotații în analiza egalității de gen. Explicațiile vor fi concentrate în ilustrări jurisprudențiale.

Judecățile de mai sus compun argumentul pe care am dorit să îl demonstrăm: *deși nu este reglementat expres în conținutul Convenției Europene, dreptul la identitate culturală poate fi dedus pe cale interpretativă din cuprinsul art. 8 și 9 ale Convenției*; corelarea dreptului la identitate cu teoria egalității rezultă din coroborarea criteriilor discriminatorii enumerate în art. 14. Dreptul la identitate culturală presupune opțiunea individului pentru anumite valori pe care le interiorizează și le manifestă în relațiile sociale. Dimensiunea dreptului la viață privată și a libertății de gândire, de conștiință și de religie consfințește același aspect determinat de dreptul la identitate culturală. *In extenso*, nediscriminarea pe criteriul identității culturale rezultă din coroborarea criteriilor religie, sau alte opinii – criterii înscrise pe lista art. 14.

○ II.4. Prolegomene la explicațiile jurisprudențiale ale discriminării în funcție de factorul cultural și de criteriul sex: (1) pluralismul religios; (2) neutralitatea statală; (3) raportul dintre stat și religie¹

Filozofia juridică ce se dorește a fi promovată prin spiritul Convenției Europene a Drepturilor Omului este construită în jurul conceptului de *societate democratică*. Preambulul Convenției – ca depozitar al acestei filozofii juridice explică relaționarea necesară dintre drepturi, libertăți și societatea democratică, statuând apărarea drepturilor și libertăților ca premisă esențială a obținerii coordonatelor necesare pentru ca o societate să poată fi calificată în termenii democrației și ai statului de drept.

Cel de-al treilea și cel de-al patrulea paragraf al Preambulului Convenției surprind ideologia democratică² în linii generale, urmând ca dezvoltarea ideilor aferente să fie realizată pe cale jurisprudențială: *Considerând că scopul Consiliului Europei este realizarea unei uniuni mai strânse între membrii săi și că unul dintre mijloacele pentru a atinge acest scop este apărarea și dezvoltarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale; Reafirmând atașamentul lor profund față de aceste libertăți fundamentale care constituie temelia însăși a justiției și a păcii în lume și a căror menținere se bazează în mod esențial, pe de o parte, pe un regim politic cu adevărat democratic, iar pe de altă parte, pe o concepție comună și un respect comun drepturilor omului din care acestea decurg (...)*

Neutralitatea statală și pluralismul religios sunt criterii necesar a fi respectate într-o societate democratică. Criteriile date nu au fost cuprinse în textul Preambulului și au fost dezvoltate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului pe cale jurisprudențială. Este interesant de observat că instanța europeană nu explică în mod expres *nevoia* respectării pluralismului și a neutralității, însă acesta subliniază, *in extenso*, *importanța* respectării celor două concepte.

După cum este remarcat în literatura de specialitate³, una dintre explicațiile care justifică lipsa de abordare din partea Curții Europene a nevoii respectării pluralismului și neutralității

¹ Pentru detalii suplimentare asupra subiectului a se consulta și M.B. Berna, *Religious pluralism and democratic society. Unsuccessful attempts of modernizing national legislation in the field of gender. Examples from the case-law of the European Court of Human Rights*, articol publicat în *Journal of Law and Administrative Studies*, Special Issue, ISSN 2392-8298, 2015, pp. 482-494.

² Prin expresia *ideologie democratică* desemnăm ansamblul criteriilor care determină calificarea unei societăți ca *democratică*; ne referim (în sens non-exhaustiv) la criteriile desprinse din teoretizarea și dezbaterile asupra ideilor care interesează: drepturile omului, pluralismul (politic sau religios), respectarea legii, combaterea arbitrarului și promovarea previzibilității și a celerității în procedurile judiciare.

³ J.M. Torron, *Religious Pluralism. The case of the European Court of Human Rights*, în *Democracy, Law and Religious Pluralism in Europe. Secularism and post-secularism*, editori Ferran Requejo și Camil Ungureanu, Editura Routledge Taylor and Francis, New York, 2014, pp. 123-137.

decurge din faptul că neutralitatea și pluralismul religios pot fi concepute ca rezultate ale statuării *libertății de gândire, conștiință și religie* în art. 9 al Convenției Europene. Dacă extindem raționamentul evocat, putem afirma că urmare a consacrării libertății religioase în art. 9 al Convenției, precizările asupra pluralismului religios, respectiv asupra neutralității statale ar fi devenit redundante în ipoteza statuării în cuprinsul preambulului. În alte cuvinte, garantarea drepturilor și libertăților fundamentale umane este o preocupare centrală a aplicării Convenției Europene, în timp ce asigurarea respectării pluralismului religios și a neutralității statale sunt consecințe directe ale unei libertăți particulare – cea religioasă.

Privind spre activitatea Curții Europene în abordarea libertății religioase și spre deciziile pronunțate în tranșarea cauzelor cu factor religios, observăm că opinia Curții în arătarea importanței pluralismului religios a evoluat de la precizarea, cu titlu de principiu dar fără explicații suplimentare, a nevoii de respectare a pluralismului religios la propunerea de soluții viabile pentru concilierea pluralismului religios cu nevoia menținerii toleranței și păcii la nivel social. Astfel, în prima cauză în care instanța europeană a abordat direct problematica pluralismului religios, a fost statuată conexiunea directă care există între libertatea religioasă înscrisă în art. 9, criteriile unei societăți democratice și pluralismul religios.

În cauza *Kokkinakis împotriva Greciei*¹ Curtea așază cele trei concepte centrale: libertate religioasă, pluralism și societate democratică într-un raționament riguros, prin intermediul căruia se demonstrează conexiunea dintre conceptele menționate și este ipostaziat pluralismul religios ca valoare incontestabilă a democrației. *Astfel cum este înscrisă în art. 9, (...) libertatea de gândire, de conștiință și de religie este unul dintre fundamentele unei „societăți democratice” înțeleasă în sensul statuat în Convenție. În dimensiunea sa religioasă, această libertate este unul dintre componentele esențiale ale identității spirituale a credincioșilor, ale concepției lor despre viață, dar ea reprezintă, în același timp, un bun atât de prețios pentru atei, agnostici, sceptici sau indiferenți?*

Odată recunoscut pluralismul religios ca element esențial înscris în dimensiunea mai amplă a societății democratice, jurisprudența Curții a supus scrutării *înțelesul pluralismului religios* (dincolo de semnificația bazică a diversității religioase și a obligativității statale de a respecta diversitatea religioasă) și a *modus operandi* care îl însoțește. În consecință, în cauza *Serif împotriva Greciei*³ instanța europeană stabilește liantul dintre pluralismul religios și neutralitatea statală într-o relație direct-cauzală deoarece nu poate exista diversitate religioasă fără obligația corelativă a statului de a garanta (prin asumarea de obligații negative – de non-intervenție și obligații pozitive – de luare de măsuri concrete în vederea stabilirii de garanții) identitatea religioasă a individului. Identitatea religioasă a individului se impune a fi înțeleasă în completitudinea sferei sale (de la libera adeziune la o anumită credință religioasă, la respectarea sentimentul de apartenență a individului la o comunitate religioasă dată, la conduita specifică a adeptului la o comunitate religioasă, la posibilitatea de schimbare a orientării religioase și manifestarea adeziunii față de o altă credință).

În hotărârea Curții este anticipată ierarhizarea implicită a valorilor europene, între acestea pluralismul având o importanță crucială, fiind subliniată necesitatea menținerii sale inclusiv în ipoteza tensiunilor sociale care se pot insinua: *Deși Curtea recunoaște că există posibilitatea ca să fie creată tensiune în situațiile în care o comunitate religioasă sau orice tip de comunitate este divizată, aceasta consideră că tensiunea creată este una dintre consecințele inevitabile ale pluralismului. Rolul autorităților în asemenea circumstanțe nu constă în a înlătura cauza*

¹ Cauza *Kokkinakis împotriva Greciei*, 25 mai 1993, par. 31.

² *Ibidem*.

³ Cauza *Serif împotriva Greciei*, 14 decembrie 1999, par. 53.

tensiunii prin eliminarea pluralismului ci este acela de a se asigura că grupurile aflate în competiție se tolerează reciproc¹.

Aplicând conceptele pluralismului religios și neutralității statale în relațiile dintre stat și religie, anumite efecte sunt vizibile. Cu titlu de exemplu, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, prin jurisprudența sa, a stabilit că principiile pluralismului religios și ale neutralității statale nu sunt incompatibile cu reglementarea, la nivelul statelor națiune membre ale Convenției², a unei religii oficiale.

Mai mult, pluralismul religios și neutralitatea ca și corolar al său, aduc consecințe asupra instituției căsătoriei și divorțului, nefiind legitim ca instituția căsătoriei să fie supusă, în vederea oficializării, doar recunoașterii religioase. *Mutatis mutandis* putem argumenta și în privința instituției divorțului³.

În aceeași ordine de idei, neutralitatea statală sprijină pluralismul religios și prin trasarea unor reguli generale, consfințite de instanța europeană ca *standarde comune* în materie. În virtutea neutralității și imparțialității statale, autoritățile publice nu pot aprecia legitimitatea unei anumite credințe religioase. Autonomia comunităților religioase și a modului lor de organizare trebuie să fie garantate iar autoritățile publice sunt obligate să asigure respectul pentru identitatea culturală în toate dimensiunile sale de manifestare.

În formă clară și articulată, raporturile dintre stat și religie au fost explicate de Curtea Europeană a Drepturilor Omului în contextul ipotetic al conflictelor și tensiunilor care se pot crea între multiplele credințe religioase garantate: (...) *în exercițiul prerogativei de reglementare în materie și în relația sa cu diverse religii, culte și credințe, statul trebuie să rămână neutru și imparțial, acesta fiind imperativul unei mențineri a pluralismului și a bunei funcționări a regulilor democrației, deoarece una din principalele caracteristici ale acestora constă în posibilitatea pe care ea o oferă de a soluționa prin dialog, fără a se recurge la violență, problemele unui stat, chiar și atunci când acestea sunt complicate; asigurarea coexistenței mai multor religii sau mișcări religioase poate constitui o asemenea problemă, la un moment dat, într-un anumit stat*⁴.

○ II.5. Abordarea jurisprudențială a discriminării în funcție de sex și cultură.

Cazul portului vălului islamic

II.5.1. Prima premisă pentru formularea problemei: discriminarea inter-secțională

Cazul portului vălului islamic determină incidente legale, jurisprudențiale și conceptual-sociologice prin forma specifică de discriminare pe care o avansează. Incidentele legale antrenate de problema portului vălului islamic se referă la corespondențele cu multiple criterii discriminatorii, selectate din lista conținută de art. 14. Analiza asupra vălului islamic aduce problema discriminării în relație cu două criterii diferite enumerate de art. 14 al Convenției Europene – *criteriul sex și criteriul religios* (ultimul, după cum am demonstrat într-o secțiune anterioară a lucrării noastre, fiind inclus în dimensiunea culturală mai amplă). Pe de altă parte, din punct de vedere sociologico-conceptual, particularitatea acestei forme de discriminare decurge nu atât din îmbinarea mai multor criterii discriminatorii cât din dimensiunea dinamică a acestora.

¹ *Ibidem*.

² Ne referim la cazul Angliei care proclamă anglicanismul ca religie oficială sau cazul Greciei care declară ca religie oficială ortodoxismul.

³ Pentru mai multe detalii, a se consulta cauza *Janis Khan împotriva Regatului Unit*, nr. 11579/1996, 7 iulie 1996, p. 253; cauza *D împotriva Franței*, nr. 10180/1982, 6 decembrie 1983, p. 199.

⁴ Cauza *Partidul Comunist Unificat al Turciei și alții împotriva Turciei*, 30 ianuarie 1998, par. 57.

Apreciem că suntem în prezența unei forme atipice de discriminare, calificată în literatura de specialitate precum *discriminare inter-secțională* fiind îndeplinite, în acest sens, condițiile necesare: *discriminarea inter-secțională este o formă particulară care include discriminarea multiplă (afirmată prin considerarea mai multor criterii discriminatorii agregate) dar care se diferențiază de aceasta prin dimensiunea sa dinamică*¹.

Ceea ce departajează discriminarea inter-secțională de alte forme de discriminare este, după cum deja am precizat, dimensiunea dinamică determinată de *efectul sinergic* al aplicării simultane a criteriilor discriminatorii enunțate. Având în vedere sfera de cuprindere a discriminării inter-secționale, vom reitiera acest termen pe parcursul lucrării noastre, promovându-l, în anumite situații, în detrimentul discriminării multiple. Din punct de vedere jurisprudențial, tranșarea problemei vălului islamic este complexă, fiind aduse în discuție aspecte care țin de justificarea discriminării și de ipotezele legale precizate de Convenția Europeană în temeiul căreia justificarea discriminării este posibilă.

În accepțiune personală, subiectul portului vălului islamic determină ineditul prin ilustrarea unei forme de discriminare aparte însă acest aspect nu este necesarmente strict o consecință a *efectului sinergic* rezultat în urma agregării factorului cultural și a factorului gen. Un aspect important al problemei poartă asupra *complexității criteriilor discriminatorii* la care discriminarea inter-secțională face referire. În ipoteza în care dezvoltăm fiecare criteriu avut în vedere în compunerea discriminării inter-secționale pentru cazul vălului islamic, observăm implicațiile multiple ale acestora.

După cum am menționat într-o secțiune anterioară a lucrării noastre, am propus ca prin *factor cultural* să desemnăm *identitatea culturală* și dreptul individului la dezvoltarea acesteia. Complexitatea criteriului cultural – în evaluarea sa de criteriu discriminatoriu – rezidă în conținutul său și în efectele pe care le generează. Descriș în termenii opțiunii pe care individul o realizează în mod conștient pentru anumite valori culturale, pentru internalizarea acestora și manifestarea lor exterioară precum și în termenii opțiunii individului pentru un alt set de valori în cazul în care setul de valori ales inițial nu mai corespunde nevoilor sale personale de dezvoltare, dreptul la identitate culturală presupune prin el însuși un conflict intrinsec dat de două coordonate majore.

Ideea susținută anterior a fost expusă în mod amplu de literatura de specialitate² prin evidențierea factorilor de potențial conflict angrenați de conținutul dreptului la identitate culturală: *latura axiologică* (valorile la care aderă/renunță/ (pe care le) transformă individul urmare a manifestării propriiei opțiuni și *pluralismul cultural* ca element de politică statală și obiect al reglementărilor juridice. Ca și în cazul particular evocat cu privire la pluralismul religios, tensiunile pot apărea în momentul în care valorile la care aderă un individ sunt contrare sau cel puțin neconforme cu valorile exprimate de o altă comunitate culturală la care individul nu aparține iar indivizii adepți ai unor valori culturale diferite trebuie să coexiste în toleranță și armonie din dezideratul de a aplica politicile pluralismului cultural. În altă ordine de idei, dimensiunea culturală – ca pretext discriminatoriu, nu există exclusiv prin raportare la factorul religios. După cum am demonstrat într-o secțiune separată a lucrării, dimensiunea culturală este un agregat între criteriile menționate în art. 14 din Convenție – respectiv *religie*, și *alte opinii* la care, putem adăuga și elemente precum *rasa, culoare* sau, în cazul particular al vălului islamic, *opinie politică* – dacă luăm în considerare *fundamentalismul islamic*³.

¹ R. Nielsen, *Is European Union Equality Law capable of addressing multiple and intersectional discrimination yet? Precautions against neglecting intersectional cases*, în *European Union Non-Discrimination Law. Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law*, Editors Dagmar Schiek și Victoria Chege, Routledge Cavendish, Taylor and Francis Group, 2009, London and New York, pp. 31-51.

² J. Alberto Del Real Alcala, *El Derecho A La Identidad Cultural. Derecho de la persona o derecho de los pueblos?*, Editura Thomson Reuters Aranzadi, 2010, pp. 55-143.

³ Prin expresia *fundamentalism islamic* avem în vedere ideologia – transpusă în plan politic, bazată pe opinii precum: superioritatea religiei islamice, intoleranță față de alte grupări religioase, necesitatea convertirii (inclusiv pe cale forțată) a persoanelor non-adepte a religiei islamice.

În altă ordine de idei, evaluând criteriul sex în contextul portului vălului islamic, suntem de părere că acesta este ipostaziat în noțiunea de *gen*, situându-se prin aceasta dincolo de barierele biologice. Convenția Europeană a Drepturilor Omului comportă o limită în enumerarea primului criteriu discriminatoriu conținut în art. 14, preferând termenul de sex în detrimentul termenului *gen*. Reiterând semnificația primară a ambelor noțiuni, observăm că genul este noțiunea generică în timp ce sexul este noțiunea specifică. Acesta din urmă cuprinde trăsăturile morfologice și fiziologice ale ființei umane, trimițând la dimensiunea concretă, tangibilă în timp ce *genul* are valențe descriptive și implică, în explicația sa, factorul cultural. Genul echivalează sexului și percepției individuale determinată de credința colectivă asupra sexului. Mai clar, genul este un construct social bazat pe roluri specifice atribuite în funcție de percepția comună asupra unuia dintre sexe; astfel, trăsături precum *raționalitate, duritate sau competitivitate* sunt asociate rolului masculin iar reversul constând în *emoționalitate, toleranță, grijă* revin genului feminin. În dezbaterea asupra portului vălului islamic este mai potrivit să argumentăm incidența criteriului discriminatoriu al *genului* deoarece principala justificare a comportamentului femeilor musulmane de a purta vălul este exprimată în îndatoririle care derivă din rolul de gen atribuit în societatea islamică segmentului feminin, îndatoriri care constau, în principal, în *modestie, smerenie, supunere, subordonare față de puterea patriarhală*.

II.5.2. A doua premisă necesară în formularea problemei: Portul vălului în cultura islamică

Interpretarea și identificarea semnificațiilor pe care actul portului vălului le aduce în cultura islamică desemnează o problemă a cărei soluționare depinde în mod direct de context. Pluralismul cultural și dimensiunea restrânsă a acestuia exprimată prin pluralismul religios admite existența concomitentă a două perspective antagonice: perspectiva occidental-democratică și perspectiva islamică-teocratică.

În cultura islamică, vălul este un simbol tributar al unor multiple forme de concretizare¹ și, implicit, purtător al unei semnificații complexe. Perspectiva islamico-teocratică prezintă subiectul vălului ca fiind circumscris unei teorii particulare a egalității fundamentată pe ideea în virtutea căreia femeia și bărbatul sunt ființe superioare necuvântătoarelor datorită spiritului evoluat cu care sunt înzestrate. Cu toate acestea, femeia nu are un statut egal cu cel al partenerului său masculin din cauza diferențelor care pot fi remarcate în spiritul ambilor. Islamul propune ca spiritualitatea feminină să fie sintetizată în termenul *haya* – care anticipă toate instinctele atribuite femeilor, în temeiul rolurilor de gen, precum *timiditate, delicatețe, virtute*.

Literatura de specialitate musulmană² concentrează în conceptul *haya* echivalentul occidental-democratic al *demnității* îndepărtându-se însă de înțelesul promovat de doctrina vestică – acela de calitate înăscută a ființei umane (independent de gen) – și atașându-i alte semnificații menite a promova rolul femeii de păstrătoare a culturii, tradiției și virtuții

¹ Utilizăm, în lucrarea noastră, denumirea de *văl* în sens generic, în scopul de a surprinde totalitatea modalităților de prezentare concretă a acestuia: (1) *hiyab* – desemnează vălul utilizat în regiunea Marocului care acoperă părul, gâtul și decolteul femeilor; (2) *chador* – denumire specifică iraniană menită a exprima un văl amplu care acoperă aproape întregul corp al femeii, lăsând fața descoperită; (3) *burka* – este mai degrabă o costumație care acoperă întregul corp al femeii inclusiv fața, periclitând desfășurarea oricărei activități; (4) *haik* – o formă particulară de văl care acoperă capul și umerii, lăsând fața și restul corpului libere. Pentru informații suplimentare asupra categoriilor vălului islamic, a se consulta R. al Disuqi, *Muslim Family Fiqh*, Ed. Halapublishing 2005, pp. 1-80.

² R. al Disuqi, *op. cit.*, pp. 40-45.

comunității islamice. Aceste semnificații sunt descoperite ca fiind castitate, puritate, admirație și respect.

Din punctul nostru de vedere, plasând vălul în contextul teoriei islamice asupra egalității, este urmărit modelul egalității formale și neglijat modelul egalității substanțiale. Egalitatea islamică prin care se promovează ideea potrivit căreia femeia este egală în demnitate cu bărbatul în virtutea spiritualității sale este destinată valorilor dependenței (timiditate, neîncredere, emoționalitate) și evocă o egalitate care nu acomodează diferențele feminine în contextul mai larg dat de lumea patriarhală. Atât timp cât standardul comun la care ne raportăm este oferit de valorile masculine, discriminarea femeilor și subordonarea acestora este implicită.

În cultura occidental-democratică, portul vălului islamic este perceput ca o formă de oprimare a femeilor prin negarea demnității umane în acest punct devenind evidentă discordanța dintre *haya* și *demnitate*. Optând pentru o abordare diacronică, literatura de specialitate¹ notează că portul vălului islamic este o tradiție apărută în societățile pre-islamice, neevolute, în care conflictele militare primau iar securitatea cetății și siguranța femeilor din cadrul său erau amenințate. În conjunctura istorică evocată, vălul islamic își dovedea utilitatea prin îndeplinirea a două funcții majore: (1) prin portul vălului islamic femeile erau protejate în fața combatanților care puteau atenta la integritatea fizică și morală a femeilor; (2) acoperindu-și chipul/corpul, femeile beneficiau de liberă circulație.

Evoluția politico-socială nu a angrenat modificări esențiale privitoare la această cutumă, portul vălului în societățile islamice menținându-se chiar și în absența conflictelor. Suntem de părere că portul vălului islamic în lipsa unor condiții socio-politice favorizatoare și justificatoare este datorat atât relevanței politice pe care teocrația o cunoaște în statele islamice cât și modului de interpretare oficială a preceptelor religioase islamice derivate din Coran și Sharia. O analiză minuțioasă și obiectivă asupra cauzelor care au favorizat menținerea portului vălului islamic ca obligație impusă asupra segmentului feminin al populației trebuie să cuprindă factorul religios. Însă, totodată trebuie să achiesăm că acesta nu are cea mai mare pondere la nivelul dezbaterii; cauza primă o întâlnim la nivelul interpretărilor realizate pe marginea textelor religioase. Cu titlu de exemplu, în scrierile creștine, Prima Epistolă către Corinteni a Sfântului Apostol Pavel, exista menționată obligativitatea femeii de a purta un acoperământ asupra capului în semn de supunere față de bărbat grație raționamentului conform căruia *nu bărbatul a fost creat pentru femeie ci femeia a fost creată pentru bărbat*².

În lumina celor evocate în prezenta secțiune a lucrării, concluzia evidentă este aceea că portul vălului islamic în context european continuă să simbolizeze un factor de polemică, existând opinii antagonice asupra fenomenului: (1) orientarea occidental-democratică se raportează, din perspectiva legitimității, la portul vălului islamic, asociindu-l cu un simbol represiv al populației feminine – fundamentat pe impunerea unilaterală și aneantizarea consimțământului. Chiar și în ipoteza în care portul vălului islamic este susținut prin argumentul voinței libere a femeii, se consideră că aceasta este de cele mai multe ori viciată pe filieră educațională-culturală; (2) orientarea islamico-teocratică leagă condiția feminină de portul vălului islamic din considerente de protecție a virtuții comunității islamice (simbolizată prin femeii), argumentând protecția segmentului feminin, dar negând dreptul femeii la identitate culturală – drept înțeles în sensul deja statornicit în cursul lucrării – acela de liberă adeziune la un referențial valoric.

¹ C.G. Pascual, *El velo y los derechos de las mujeres*, în *Derechos Fundamentales, Valores y Multiculturalismo*, Editori F.J. Ansuategui Roig, J.A. Lopez Garcia, A. del Real Alcala, R. Ruiz Ruiz, Fundacion El Monte, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, pp. 87-94.

² *Ibidem*.

II.5.3. Ilustrarea problemei portului vălului islamic în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului: Cauza Dahlab împotriva Elveției, cauza Şahin împotriva Turciei și cauza Dogru împotriva Franței. Unele critici și observații la adresa opiniei Curții Europene a Drepturilor Omului¹

Cele trei spețe enunțate în titlul prezentei sub-secțiuni reiterează și sintetizează totalitatea problemelor dezbătute în punctele anterioare ale lucrării noastre – de la libertatea religioasă, pluralismul religios ca și consecință a libertății religioase, neutralitatea statală ca revers al pluralismului religios, până la limitările legitime ale libertății religioase. Obiectivul științific urmărit în prezenta sub-secțiune nu este surprins de analiza exhaustivă a aspectelor centrale ale cauzelor ante-amintite. Un atare demers ar fi iluzoriu dată fiind multitudinea implicațiilor conexe spețelor și varietatea interpretărilor adiacente. Sub dezideratul prezentării concise a datelor factuale și a temeiurilor legale ale fiecărei cauze, ne propunem, în cele ce urmează, să precizăm contextul general și particularitățile celor trei cazuri, finalmente, realizând interpretări asupra deciziilor pronunțate de Curtea Europeană.

În cauza *Dahlab împotriva Elveției*² este evaluată interdicția aplicată la nivel național cu privire la portul vălului islamic de către un cadru didactic de sex feminin activ în învățământul de stat. Trebuie să arătăm *ab initio* că interdicția portului simbolurilor religioase în instituțiile publice de învățământ își are sorgintea în principiile neutralității și secularismului declarate la nivelul Constituției Cantonului. Curtea Europeană se pronunță în favoarea interdicției portului vălului islamic justificată de aplicarea principiilor neutralității statale. În pofida sesizării interferenței politicilor naționale elvețiene cu libertatea religioasă a cadrelor didactice din învățământul primar de stat, instanța europeană apreciază că circumstanța cade în sfera de incidență a *justificării discriminării prin apel la criteriul a ceea ce este necesar într-o societate democratică*. De asemenea, deși Curtea Europeană admite că politicile pentru implementarea libertății religioase trebuie să fie înscrise în marja de apreciere a statelor, este evidențiată ideea *prerogativelor relative* pe care statul semnatar al Convenției le deține, în temeiul marjei de apreciere, prin raportare la problema religioasă. Cu alte cuvinte, marja de apreciere a statelor nu trebuie tradusă într-o atribuție care revine exclusiv statelor națiune în temeiul suveranității. Dimpotrivă, aceasta trebuie să fie nuanțată și adaptată la specificul mecanismului juridic pe care marja de apreciere îl descrie în contextul sistemului juridic al Convenției Europene a Drepturilor Omului. În virtutea specificului pe care îl comportă marja de apreciere trebuie să înțelegem că aceasta presupune un control bivalent din care intervenția Curții Europene nu poate fi negată.

În cauza *Şahin împotriva Turciei*³, interdicția portului vălului islamic se referă la o studentă la medicină iar justificarea formulată de instanța europeană constă, din nou, în apelul la principiile neutralității statale. Studenta musulmană a fost supusă procedurilor disciplinare de către autoritățile universitare pentru că aceasta a refuzat conformarea la standardul vestimentar impus de universitate, continuând să poarte vălul islamic. Este demn de menționat că circulara emisă la nivelul universității de medicină afirmă o filozofie care coincide cu politicile

¹ Pentru detalii suplimentare, a se consulta și M.B. Berna, *Religious pluralism and democratic society. Unsuccessful attempts of modernizing national legislation in the field of gender. Examples from the case-law of the European Court of Human Rights*, articol publicat în *Journal of Law and Administrative Studies*, Special Issue, ISSN 2392-8298, 2015, pp. 482-494; M.B. Berna, *Gender and culture in the legislation and case-law of the European Court of Human Rights. The case of the Islamic veil*, *Titu Maiorescu University Law Review*, 2014, Ed. Hamangiu, ISSN 1584-4781, București, pp. 39-55.

² Cauza *Dahlab împotriva Elveției*, 15 februarie 2001, p. 443.

³ Cauza *Şahin împotriva Turciei*, 29 iunie 2004 și 10 noiembrie 2005.

neutralității și secularismului existente la nivel național și consacrate în Constituție. Autoritățile universitare și-au justificat poziția prin dorința de a menține *o atmosferă seculară în cadrul învățământului public turc* și, în consecință, au ripostat la comportamentul ne-conform al studentei Leyla Şahin prin excluderea acesteia de la participarea la examene și prin suspendarea sa pe perioada unui semestru. Curtea Europeană a sprijinit decizia autorităților universitare – care, de altfel, este identică deciziei instanței naționale. Deși încălcarea libertății religioase a studentei este, în accepțiunea Curții Europene, evidentă, aceasta este justificată prin nevoia respectării climatului neutralității statale și prin nevoia afirmării secularismului statal.

În cauza *Dogru împotriva Franței*¹ neconformarea cu interdicția portului vâlului islamic a angrenat expulzarea din colegiul Jean Monnet a două eleve, fiind invocat același motiv al secularismului și neutralității statale. Urmărind aplicarea la nivelul învățământului public a principiilor pluralismului religios, neutralității și secularismului, autoritățile franceze au adoptat la 15 martie 2004 Legea nr. 228 care, sub egida unei denumiri extinse (Legea privitoare la aplicarea principiului laicității, la portul semnelor sau ținutelor care atestă apartenența religioasă a individului în școli, colegii sau licee publice), interzicea portul vâlului islamic în sarcina elevelor. Urmare a aplicării Legii mai sus citată a fost reformat Codul Național de Educație care, în art. L. 141-5-1 menționa *in expresis*: *În școli, colegii și institute publice, uzul simbolurilor sau vestimentației care manifestă în mod ostentativ apartenența religioasă este interzis. Conform regulamentului interior, punerea în practică a procedurii disciplinare va fi precedată de un dialog cu elevul în cauză*. Curtea Europeană a achiesat la poziția legală a autorităților franceze argumentând, din nou, justificarea încălcării art. 9 din Convenția Europeană.

Principalul liant al spețelor evocate constă în *consensul dintre instanța europeană și autoritățile naționale în abordarea problemei pluralismului religios*. Din punctul nostru de vedere, prin opinia postulată de Curtea Europeană, aceasta din urmă a acordat prerogative absolute statului națiune prin mecanismul juridic al marjei de apreciere, desfășurând un control superfluu al situației. Garantând marja de apreciere în favoarea statelor națiune, Curtea Europeană a dorit depășirea unor limite care rezultă din activitatea sa, limite care apar inevitabil din cauza *conceptelor deschise și aproape nedefinite pe care instanța europeană le operaționalizează în explicațiile sale jurisprudențiale*. De pildă, neutralitatea statală, pluralismul religios sau secularism nu sunt concepte menționate în textul Convenției Europene și nici nu sunt explicitate în totalitate în jurisprudența Curții. În aceste condiții, apelul instanței europene la perspectivele definiționale și practice cultivate la nivel național este firesc și inevitabil. Dacă luăm spre analiză conceptul *laicității*, doctrina franceză² a distins între *laicitate neutră* și *laicitate militantă* ca dimensiuni de ființare, prima dobândind o accepțiune similară cu cea a pluralismului religios, încifrând *toleranța față de diferitele opinii religioase pentru a permite conviețuirea armonioasă a indivizilor cu identități culturale diferite* iar cea de-a doua referindu-se la *o stare combativă în relație cu exprimarea credințelor religioase diferite*. În schimb, Curtea Europeană a acceptat sensurile atașate termenului și modalitățile de interpretare și aplicare concretă dezvoltate la nivel național.

Continuând analiza asupra deciziei Curții Europene în cele trei spețe menționate mai sus, un alt argument pentru care adoptăm o opinie contrară decât cea menționată de Curte constă în *înconsecvența și contradicția existente în activitatea acesteia din urmă*. Dacă instanța

¹ Cauza *Dogru împotriva Franței*, 4 decembrie 2008, pp. 33-36.

² Z. Ansieur, *Le couple laïcité-liberté religieuse: de l'union a la rupture? Réflexions a partir de l'affaire Ait Ahmad*, în *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, p. 78; J. Jacquemain, N. Rosa-Rosso, *Du bon usage de la laïcité*, Bruxelles, Aden, 2008, p. 6.

europăeană a statuat pe cale jurisprudențială protecția pluralismului religios ca o consecință necesară a înfăptuirii libertății religioase, atunci considerăm că este antagonică atitudinea Curții de a achiesa la interdicția portului vălului islamic în instituții publice de învățământ, raționamentul nostru fiind acela că, dacă *pluralismul religios este expresia acceptării și promovării diferitelor credințe religioase, atunci acesta nu poate fi compatibil cu interdicția expresă a portului vizibil a acelor însemne/obiecte vestimentare care fac posibilă identificarea identității religioase a individului*.

Neutralitatea statală, laicitatea, secularismul sunt concepte cvasi-sinonime desemnând, *lato sensu*, non-intervenția statului în afacerile religioase și, din punctul nostru de vedere, sub rezerva moralității și legalității, non-intervenția statală trebuie să fie sinonimă cu abținerea sau non-imixtiunea în modul de manifestare religioasă.

Suntem de părere că argumentul Curții, structurat în jurul ideii *a ceea ce este necesar într-o societate democratică* nu se validează întrucât actul de a purta vălul islamic nu atentează în mod direct la securitatea națională sau la morala sau ordinea publică a unui stat. În sens contrar, argumentul conform căruia portul vălului islamic aduce atingere societății democratice este eronat pentru că fiind un simbol al unei credințe minoritare (cea islamică), acesta ar trebui să fie interpretat precum o aplicație explicită a pluralismului religios și a neutralității statale. Vis-a-vis de modul de concepere al neutralității statale, acesta nu trebuie să fie, din punctul nostru de vedere, *aneantizator pentru diversitatea religioasă* și, deci, nu trebuie să se manifeste în modul pe care doctrina americană îl descria precum *religion blind*¹. În cazul în care s-ar produce o atare ipoteză, rezultatul ar fi unul discriminatoriu (în sensul nerespectării egalității substanțiale pe motiv de non-integrare a diferențelor).

În altă ordine de idei, din punctul nostru de vedere, opinia exprimată de Curte în cele trei cauze descrise mai sus este contrară principiului proporționalității. Ne vom întemeia ideea pe următorul raționament: deși a fost argumentată în decizia autorităților naționale atitudinea intransigentă a reclamantelor, autoritățile naționale nu au luat în considerare alternativele oferite de reclamante la portul vălului islamic, alternative care, de altfel, odată acceptate, ar fi conciliat credința religioasă a reclamantelor cu standardele neutralității statale în maniera în care acestea au fost înțelese la nivelul statelor națiune. Curtea a respins cererile formulate de reclamante fără a lua în considerare ideea susținută în doctrina americană sub denumirea *least restrictive means*² sau în doctrina canadiană sub denumirea *minimal impairment*³ în virtutea căreia *în cazul în care restrângerea libertății religioase este necesară, actul de restrângere trebuie să fie realizat prin intermediul unei alternative care are caracterul de a fi cel mai puțin intruziv*.

Prin referință la problema portului vălului islamic, Curtea Europeană a acceptat interferența cu libertatea religioasă a individului însă a o justifica, motivând necesitatea existentă într-o societate democratică. Cu toate acestea, în mod implicit, Curtea a achiesat la măsurile luate de autoritățile naționale împotriva reclamantelor, măsuri care *nu* sunt minim invazive (expulzarea din instituțiile de învățământ).

Sub conștiința informațiilor și interpretărilor anterioare, dorim să particularizăm comentariile asupra deciziilor pronunțate de Curtea Europeană în contextul fiecăreia dintre cele trei cauze amintite.

¹ Prin expresia utilizată ne referim la teoria nediscriminării care se bazează pe ideea conform căreia, pentru ca să fie eradicată discriminarea în funcție de criteriul religios, nu trebuie să fie adoptată o perspectivă care să ignore diversitatea religioasă pentru că atunci efectul va fi unul contrar.

² W.C. Duhram Jr, R.T. Smith, *Religion and State in the United States at the turn of the Twenty-First Century*, în *Law and Religion in the 21st Century: Relations between States and Religious Communities*, Editori S. Ferrari și R. Cristofori, 2010.

³ N. Lerner, *How Wide the Margin of Appreciation?*, 2005 în J. Woehrling, *L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse*, McGill Law Journal, 1998.

În cauza *Şahin împotriva Turciei* Curtea confundă conceptul de *neutralitate statală* cu proliferarea unei atitudini negative vis-a-vis de manifestarea exterioară a credințelor religioase, principalul argument în acest sens fiind oferit de contextul circumstanțele socio-politice existente în Turcia. În temeiul acestora din urmă, afișarea publică a simbolului religios al vâlului islamic este susceptibilă a determina interferențe în manifestarea credințelor religioase a altor persoane, putând fi receptat de către femeile care aleg să nu poarte vâlul islamic precum o presiune la a se alia la acest standard cultural. Pentru a contracara efectul modificării mentalităților și tiparelor culturale ale femeilor din Turcia, Curtea Europeană a admis interzicerea portului vâlului islamic în universități din două considerente: (1) protecția drepturilor și libertăților altora și (2) menținerea ordinii publice într-o țară în care tind să se contureze conflicte pe fondul orientării majorității populației spre modul de viață laic și spre reafirmarea drepturilor femeii într-un mod separat de dimensiunea religioasă.

Suntem de părere că argumentația instanței europene suferă de fragilitate, cele două argumente putând fi demontate cu ușurință după cum urmează: (1) argumentul protecției drepturilor și libertăților celorlalți este expresia negativă a libertății religioase; sub acest aspect, fiecare individ este îndrituit să își manifeste convingerile religioase sub rezerva non-ingerinței în sfera convingerilor religioase a altor persoane. În cazul *Leyla Şahin*, portul vâlului islamic a fost prezumat *ex abrupto* ca un act de interferență cu credințele religioase ale altor persoane, fără a fi conceput ca un mod de afirmare a identității culturale care nu încalcă principiul echității de gen deoarece afirmarea identității culturale în relațiile sociale este o manifestare voluntară de voință; (2) argumentul legat de menținerea ordinii publice într-o societate care dorește depășirea reminiscentelor teocrației și aderarea la valorile laice este, de asemenea, demontat întrucât societatea laică, democratică prezervă respectul pentru diversitatea religioasă și a formelor de manifestare a credințelor religioase atât timp cât acestea nu contravin standardului general al drepturilor omului. A asocia *de plano* portul vâlului islamic cu un act de subordonare a populației feminine, fără a pune problema unei demarcări clare între segmentul feminin care aderă la portul vâlului islamic dintr-un sentiment de construire a identității culturale, este un alt mod de a discrimina împotriva populației feminine. În plus, societatea democratică laică trebuie să asigure, prin mecanismele sale, *dreptul la identitate culturală* înțeles în dimensiunea sa voluntară, ori impunerea absolută a valorilor seculare și interzicerea expresă a unor manifestări religioase non extremiste nu sunt în acord cu ideea societății democratice și laice.

În speța *Dahlab împotriva Elveției*, Curtea Europeană a rafinat argumentul circumstanțelor socio-politice pe care l-a invocat în cauza anterioară din rațiuni evidente care țin de organizarea climatului socio-politic elvețian, însă instanța europeană s-a pronunțat în același spirit ca și în cauza anterioară. De această dată, argumentul utilizat a constatat în limitările libertății de religie care sunt necesare într-o societate democratică. Mai concret, instanța europeană a observat că portul vâlului islamic de către un cadru didactic activ într-o instituție de învățământ primar de stat poate avea un efect de prozelitism, transmițând un puternic semnal exterior care ar fi contrar preceptelor neutralității înscrise în Constituția cantonului și contrar principiului egalității între sexe promovat la nivel de principiu fundamental sub sistemul de drept al Convenției Europene. În acest context, unele observații se impun: (1) climatul socio-politic al Elveției nu poate avea ca și standard de comparație climatul socio-politic al Turciei; (2) dacă în cel din urmă caz, autoritățile naționale au considerat de cuviință impunerea neutralității în mod unilateral pentru a contracara reminiscentele teocratice și fundamentaliste, în cazul Elveției valorile democratice cunosc tradiție în promovare și afirmare (*exempli gratia*, Elveția nu a fost implicată într-un conflict armat, declarându-și neutralitatea în acest sens încă din 1815; de asemenea, Elveția este statul de sorginte al Crucii Roșii, ducând o politică activă în conservarea păcii și asigurarea respectului pentru drepturile omului); (3) în

acest context, modul de înțelegere al neutralității statale ar trebui să fie înțeles diferit la nivel național și afirmat în mod diferit la nivel de politică națională; (4) în consecință, controlul pe care Curtea Europeană trebuie să îl exercite asupra marjei de apreciere a statelor în legătură cu problema libertății religioase trebuie să fie evidențiat prin realizarea unei distincții în argumentarea deciziilor pronunțate în cauzele *Şahin împotriva Turciei* și *Dahlab împotriva Elveției*.

În cauza *Dogru împotriva Franței* Curtea Europeană sprijină decizia autorităților școlare franceze de expulzare a reclamantei pe temeiul încălcării regulamentului școlar prin refuzul renunțării la portul vălului islamic. În speța citată argumentul Curții constă în promovarea laicității în spațiul public școlar iar încălcarea libertății religioase a reclamantei este justificată de Curte prin apel la proporționalitate: atât timp cât reclamanta are deschisă posibilitatea de a urma cursurile în sistemul de învățământ la distanță, măsura expulzării din institutul școlar inițial nu apare ca disproporționată. Raportând speța *Dogru împotriva Franței* la speța *Şahin împotriva Turciei*, observăm că în mod similar, Curtea Europeană tratează fără distincție secularismul turc și laicitatea franceză, validând, în ambele cazuri, încălcarea libertății religioase a reclamantelor, fără a realiza o analiză amănunțită asupra secularismului și laicității ca și criterii generatoare de justificări.

Din punctul nostru de vedere, deciziile Curții Europene în relație cu cele trei spețe devin superflue dacă nu este realizată o corectă distincție. Literatura de specialitate¹ constată în mod just că laicitatea franceză este inserată în contextul pluralismului și toleranței în timp ce laicitatea turcă este insinuată pe fondul dorinței de îndepărtare de preceptele islamice fundamentaliste, restricționând dreptul minorităților religioase și dreptul individual la identitate personală. În ultimul caz evocat, suntem de părere că scopul nu este proporțional cu mijloacele.

Observațiile și criticile formează, în opinia noastră, un tablou sinoptic (deși non-exhaustiv) asupra interdependenței dintre discriminarea în funcție de gen și libertatea religioasă. Trebuie să reținem că cele trei spețe prezentate pun problema discriminării de gen pentru că prin interdicția portului vălului islamic, consecințele negative au fost suportate de segmentul feminin – cele trei reclamante fiind excluse din sistemul de învățământ. Astfel, spețele analizate avansează un model de *discriminare inter-secțională* dat fiind faptul că reclamantele sunt supuse unei duble diferențieri: în funcție de gen și în funcție de cultură. Aceste diferențieri, reunite sub modelul discriminării inter-secționale, angrenează efecte sinergice – în plan religios și în plan educațional (atât libertatea religioasă cât și dreptul la educație fiind limitate).

○ II.6. Analiza Convenției de la Istanbul din prisma consolidării perspectivei juridice asupra relației dintre gen și cultură²

Convenția pentru Prevenirea și Combaterea Violenței împotriva Femeilor și a Violenței Domestice³ dezvoltă, la nivel european, un model juridic inovator în protecția drepturilor

¹ M.E. Itxaso, *El Concepto Jurisprudencial de Accomodamiento Razonable. El Tribunal Supremo de Canada y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la Gestion de la Diversidad Cultural y Religiosa en el Espacio Publico*, Gobierno de Aragon, Editura Thomson Reuters Arazandi, Pamplona, 2013, pp. 296-297.

² Sub-secțiune conform lucrării N. Voiculescu, M.B. Berna, *op.cit.*, pp. 142-145.

³ Instrument al Consiliului Europei, adoptat în aprilie 2011, deschis spre semnare de statele membre ale Consiliului Europei în mai, 2011, intrat în vigoare în august 2014. *Brevitatis causa*, vom folosi pe parcursul lucrării noastre expresiile *Convenția de la Istanbul* sau *Convenția pentru a desemna Convenția pentru Prevenirea și Combaterea Violenței împotriva Femeilor și a Violenței Domestice*. România a semnat Convenția de la Istanbul pe data de 27 iunie 2014.

femeilor care ia în considerare *factorul cultural*. Textul Convenției este formulat în sensul asigurării unei protecții consolidate a femeilor împotriva fenomenului violenței realizând modificări esențiale la nivel *conceptual* dar și la nivelul prevederilor substanțiale și procedurale.

Cadrul conceptual cuprins în art. 3 are contribuția de a identifica și clarifica noțiuni fundamentale demersului legal întreprins: (1) violența împotriva femeilor (descrisă în art. 3 lit. a) este identificată în mod expres atât ca o violare a drepturilor omului cât și ca o formă de discriminare împotriva femeilor; (2) violența împotriva femeilor – definită anterior – cuprinde multiple ipostazieri (reiterează aspectele fizice, sexuale, psihologice, economice – aplicabile și în cazul violenței domestice însă extinde posibilitățile de aplicare la coerciție sau la priverare arbitrară de libertate, comise în sfera publică sau privată); (3) lit. b) a aceluiași articol definește violența domestică – restrânsă la domeniul privat; (4) lit. c) și d) ale art. 3 definesc *genul* și *violența împotriva femeilor bazată pe gen*; suntem de părere că în acest mod este subliniată relevanța factorului cultural în cadrul legal aferent protecției juridice a drepturilor femeilor; (5) lit. f) stabilește în sfera de cuprindere a femeilor copii de sex feminin cu vârste sub 18 ani.

Descrierea clarificărilor conceptuale cuprinse în art. 3 al Convenției este utilă în demonstrarea raportului *factor cultural-drepturile femeilor* dat fiind faptul că limita identificată anterior la nivelul legislației europene – referitoare la neevaluarea criteriului discriminatoriu al *genului* în garantarea drepturilor femeilor – a fost depășită. Este interesant de reținut că evaluarea corelată a prevederilor cuprinse în lit. a), c), d) din art. 3 al Convenției oferă o definiție extinsă violenței împotriva femeilor – aceasta fiind o formă specifică de violare a drepturilor omului, o modalitate de discriminare împotriva femeilor în virtutea genului. Deci, criteriul cultural al rolurilor, atitudinilor, aspirațiilor, responsabilităților atribuite femeilor în temeiul tiparelor mentale sociale, este identificat formal pe calea reglementării formale exprese.

O altă consecință juridică a clarificărilor conceptuale cuprinse în art. 3 din Convenție este vizibilă în modul de formulare a garanției nediscriminării menționată în art. 4 – *Drepturi Fundamentale, Egalitate și Nediscriminare* alin. (3) deoarece, în lista criteriilor nediscriminatorii, *genul* este inclus alături de criteriul *sex*.

Abordarea extinsă a fenomenului discriminării femeilor prin violență determină adoptarea, la nivelul cadrului principal, a regulii *due diligence*¹ (*a regulii diligenței necesare*) în virtutea căreia statul, prin organele sale competente, are îndatorirea de a aborda în mod complex strategiile și politicile de combatere a violenței împotriva femeilor: (1) prin conformarea oficialilor statului/a reprezentanților responsabili în domeniu cu obligația *in abstinento* – care prescrie abținerea de la orice formă de violență împotriva femeilor; (2) prin respectarea obligației *in faciendo* – astfel încât statele părți să adopte toate măsurile necesare în scopul prevenirii, investigării, pedepsirii, acordării de reparații victimelor pentru actele de violență săvârșite de actorii non-statali.

Recunoașterea oficială a principiului *due diligence* determină, în opinia noastră, modul de structurare al conținutului Convenției dat fiind faptul că majoritatea capitolelor (*Capitolul II-Politici Integratoare și Colectare de Date, Capitolul III-Prevenire, Capitolul IV-Protecție și Sprijin, Capitolul V-Dreptul Material, Capitolul VI – Cercetare, Urmărire Judiciară, Legislație Procedurală și Măsuri de Protecție, Capitolul VII-Azil și Migrație, Capitolul VIII – Cooperare Internațională, Capitolul IX – Mecanismul de Monitorizare*), cuprind prevederi exprese în sarcina oficialilor responsabili referitoare la eficientizarea măsurilor propuse/adoptate în scopul consolidării protecției juridice a drepturilor femeilor.

Capitolul V-Dreptul Material cuprinde prevederi esențiale pentru studiul relației cultură-drepturile femeilor, deoarece reglementează aspecte specifice precum *căsătoria forțată*

¹ Menționăm că traducerea oficială a sintagmei *due diligence* este *depunerea eforturilor necesare*.

(art. 37), *mutilarea genitală a femeilor* (art. 38), *violența sexuală, inclusiv violul* (art. 36), *avortul și sterilizarea forțată* (art. 39), *crimele de onoare* (art. 42).

În primul rând, subliniem noutatea acestor reglementări în spațiul european. Apreciem că abordarea expresă, în conținutul Convenției, a unor situații sociale specifice sistemului juridic african sau sistemului juridic asiatic precum *căsătoriile forțate*, *mutilarea genitală feminină*, *crimele de onoare*, reprezintă valorificarea principiului multiculturalismului dar și conștientizarea faptului că spațiul european trebuie să ofere răspunsuri juridice modificărilor socio-culturale corespunzătoare fenomenului migrației.

În reglementarea căsătoriilor forțate, remarcăm următoarele aspecte stabilite în art. 37 și 32 din Convenție: (1) art. 37 incriminează conduita de a forța un adult/copil de a încheia o căsătorie și conduita de a ademeni în mod intenționat un adult/copil pe teritoriul unei Părți/Stat alta/altul decât aceea/acela pe teritoriul căreia/căruia adultul/copilul domiciliază cu scopul de a forța încheierea unei căsătorii; (2) art. 32 asigură înlăturarea limitelor culturale aferente desfacerii/anulării căsătoriilor forțate. În mod concret, art. 32 reglementează că nulitatea/anularea/desfacerea căsătoriilor forțate nu plasează asupra victimei o sarcină financiară sau administrativă necuvenită.

În materia mutilării genitale feminine, art. 38 lit. b) situează în conexiune directă acțiunile fizice ale mutilării genitale feminine (precum *extirparea, infibularea sau efectuarea oricărei alte mutilări, totale sau parțiale, a labiei majore, labiei minore sau a clitorisului unei femei*) cu actele de constrângere sau solicitare a unei femei în scopul prostituției. Suntem de părere că prin includerea în sfera actelor de mutilare genitală feminină a acțiunii de constrângere la prostituție/solicitare a unei femei în scopul prostituției pentru comiterea actelor de extirpare, infibulare ș.a., – este consolidată protecția femeilor atrase în mod forțat în activitatea de prostituție.

Articolul 42 – abordează *crimele de onoare* și stabilește, pe cale legală expresă, că aspecte precum cultura, obiceiul, tradiția, onoarea, nu vor fi considerate ca o justificare legitimă a actelor de violență împotriva femeilor. Prin această prevedere, Convenția adoptă măsuri pertinente pentru contracararea tiparelor mentale și comportamentale bazate pe ideea de inferioritate a femeilor și tranșează, în mod direct, conflictul dintre relativismul cultural și protecția drepturilor omului în favoarea celui din urmă element. În sprijinul acțiunii de combatere a tiparelor mentale și comportamentale care promovează practici dăunătoare femeilor, prevederile art. 42 alin. (2) sunt ilustrative dat fiind faptul că acestea asigură reținerea răspunderii persoanei care incită (inclusiv un alt copil) la comiterea faptelor de violență justificate de factorul cultural.

Articolele 36 și 39 din Convenție ating în mod subsidiar raportul dintre cultură și protecția juridică a drepturilor femeii: în speță, art. 36, alin. (3) reglementează violul conjugal sau violul săvârșit între parteneri în timp ce art. 39 interzice avortul și sterilizarea forțată. În primul caz, violul conjugal/marital reprezintă expresia dominației masculine în căsătorie (identificată, în literatura de specialitate, precum *puterea maritală*) în timp ce, în al doilea caz, avortul forțat reprezintă un aspect intrinsec legat de avorturile selective, preferința copiilor de gen masculin în familiile tradiționale fiind un fapt notoriu iar corespondentul acestuia îl constituie avortarea forțată a fătului de sex feminin. De asemenea, sterilizarea forțată – interzisă de art. 39 al Convenției, reprezintă o situație discriminatorie, vizând, în special femeile membre ale unei comunități culturale.

Dintre măsurile avansate de *Capitolul III – Prevenire*, le reținem pe cele stabilite în art. 13 – *Creșterea gradului de conștientizare* și în art. 14 – *Educație* ca fiind relevante pentru cercetarea noastră întrucât acestea urmăresc modificarea tiparelor de cultură care mențin stereotipurilor de gen în societate. Scopul urmărit prin aplicarea conținutului art. 13 și 14 din Convenție constă în obținerea egalității *de facto* între bărbați și femei prin modificarea tiparelor mentale

și comportamentale ale indivizilor. În mod concret, finalitatea celor două articole poate fi asimilată cu finalitatea art. 5 din Convenția pentru Eliminarea Tuturor Formelor de Discriminare față de Femei – obținerea standardului egalității transformative (constând în egalitatea prin modificarea mentalităților și atitudinilor discriminatorii).

O altă particularitate a Convenției de la Istanbul constă în implementarea de măsuri concrete/procedurale care vin în sprijinul victimelor violenței. *Exempli gratia*, secțiunea art. 21-28 din Convenție stabilește măsuri în favoarea victimelor prin: reglementarea unor instituții specializate în consilierea și asistarea victimelor, stabilirea unui mecanism de raportare a actelor de violență, oferirea de sprijin și protecție pentru martorii copii și pentru victimele violenței sexuale, reglementarea liniilor telefonice de urgență cu atribuții în consilierea gratuită a victimelor. De asemenea, art. 29 – *Procese și despăgubiri civile*, obligă statele părți la adoptarea măsurilor necesare pentru ca victima să obțină despăgubiri civile împotriva agresorului.

În domeniul cercetării, urmării judiciare, legislației procedurale și măsurilor de protecție – reglementat de *Capitolul VI*, art. 49 – *Obligații generale* impune principiile drepturilor fundamentale ale omului și luarea în considerare a dimensiunii de gen în analiza fenomenului violenței. Cu alte cuvinte, în vederea eficientizării cercetării și a urmării judiciare a infracțiunilor stabilite de Convenție, statele părți trebuie să adopte toate măsurile necesare care sunt conforme cu drepturile omului și dimensiunea de gen a fenomenului violenței.

Capitolul VII – Migrație și azil adoptă, în art. 60 – *Cereri de azil bazate pe gen*, măsuri pentru protecția internațională a femeilor supuse, în statul de proveniență, la practici culturale dăunătoare. Alin. (1) al art. 60 impune părților la Convenție, să asigure prin orice măsuri, faptul că violența împotriva femeilor pe bază de gen poate fi recunoscută ca o formă de persecuție astfel cum aceasta din urmă este reglementată în Convenția Privind Statutul Refugiaților, art. 1 A (2). În aceeași ordine de idei, considerăm de interes prevederea alin. (2) a art. 60 conform căreia temeiurile Convenției trebuie să fie interpretate conform dimensiunii de gen iar statutul de refugiat se poate dobândi de către solicitanți dacă se stabilește că teama de persecuție a solicitanților este cauzată de unul/mai multe dintre temeiurile stipulate în Convenție. Corelativ, art. 61 alin. (2) obligă statele părți la adoptarea tuturor măsurilor necesare pentru a se asigura că femeile-victime ale violenței – care au nevoie în continuarea de protecție, nu vor fi returnate într-o țară unde există riscul de a fi supuse tratamentelor contrare demnității umane.

În sfera măsurilor procedurale aferente implementării Convenției, menționăm organizarea, în temeiul *Capitolului IX-Mecanismul de monitorizare*, a activității Grupului de Experți în Intervenția Contra Violenței Împotriva Femeilor și a Violenței Domestice¹. GREVIO monitorizează gradul de implementare al Convenției de către statele părți prin procedura evaluării rapoartelor depuse la Secretarul General al Consiliului Europei de statele părți la Convenție. Rapoartele depuse de statele părți trebuie să corespundă criteriilor menționate în formularele realizate de GREVIO și să stipuleze măsurile adoptate în vederea implementării Convenției. Menționăm de asemenea că evaluarea ulterioară a rapoartelor se poate realiza în runde, GREVIO distribuind la începutul fiecărei runde, un chestionar relevant pentru evaluare.

Clauzele finale prezintă un interes deosebit pentru cercetare². Articolul 78 nu menționează în rândul prevederilor susceptibile de formularea de rezerve articolele referitoare la

¹ *Brevitatis causa*, vom folosi, pe parcursul lucrării noastre, acronimul GREVIO pentru desemnarea expresiei *Grupul de experți în Intervenția Contra Violenței Împotriva Femeilor și a Violenței Domestice*. Menționăm că abrevierea GREVIO este utilizată în textul Convenției de la Istanbul.

² Cu titlu de exemplu, menționăm că art. 75 din Convenție – *Semnarea și intrarea în vigoare* enunță deschiderea spre semnare a Convenției inclusiv în favoarea Uniunii Europene, ca subiect distinct de drept, asigurând pe această cale coerența în materia prevederilor drepturilor omului, între sistemul de drept al Consiliului Europei și sistemul de drept al Uniunii Europene.

practicile culturale dăunătoare femeilor. Acest aspect consolidează eficacitatea prevederilor Convenției de la Istanbul și asigură premisele realizării egalității *de facto* între bărbați și femei.

III. Teoria egalității în sistemul de drept al Uniunii Europene¹

○ III.1. Analiza diacronică a circumstanțelor care au determinat formularea problemei egalității în sistemul de drept al Uniunii Europene

Sistemul de drept al Uniunii Europene comportă o abordare specifică a teoriei egalității, depărtându-se considerabil de sistemul de drept studiat anterior, care a luat naștere și a evoluat sub auspiciile Consiliului Europei. Distincția fundamentală dintre cele două sisteme de drept menționate este evidentă, din punctul nostru de vedere, prin raportarea la *fundamentele culturale legale pe care se întemeiază*. În consecință, începutul anilor 1950 marchează, în plan european, două orientări diferite privitoare la domeniul drepturilor omului: (1) Consiliul Europei, instrumentând Convenția Europeană a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale, promovează drepturile civile și politice, iar pe de cealaltă parte, (2) Uniunea Europeană – luând ființă inițial sub forma Comunității Europene a Cărbunelui și a Oțelului² și dezvoltându-se ulterior prin Comunitatea Economică Europeană și prin Comunitatea Europeană a Energiei Atomice³, se va preocupa preponderent de promovarea aspectelor economice.

Luând în considerare aceste aspecte și referindu-ne la teoria egalității, este just să afirmăm că sistemul de drept construit sub auspiciile Consiliului Europei a abordat teoria egalității prin raportare la drepturile și libertățile indivizilor, în timp ce, Uniunea Europeană a conceput inițial teoria egalității în dimensiunea sa economică. După cum sesiza literatura de specialitate⁴, garantarea pentru prima dată a nediscriminării în materie economică s-a realizat în domeniul muncii prin promovarea criteriului nediscriminării în funcție de sex; scopul urmărit în subsidiar de statele membre consta în prevenirea unui stat de a dobândi o sursă de avantaj competitiv asupra unui alt stat prin oferirea, în favoarea segmentului feminin a unor condiții de muncă nefavorabile sau a unor remunerații semnificativ mai reduse.

Manifestând în principal preocupări în materie economică, sistemul de drept al Uniunii Europene concepe asocierea teoriei egalității cu protecția drepturilor și libertăților individuale precum o problemă reală. Problema reală decurge din faptul că garantarea drepturilor și libertăților individuale nu a beneficiat *ab initio*, în sistemul de drept al Uniunii Europene, de o recunoaștere și de o protecție adecvată. De asemenea, aplicarea teoriei egalității desemna o provocare pentru că în lipsa unei preocupări exprese la nivelul Uniunii Europene pentru drepturi și libertăți, teoria egalității ar fi fost privată de o aplicare juridică reală, fiind redusă la aspecte de ordin economic. Reducerea la aspecte de ordin economic echivalează cu eliminarea factorului uman din analiza egalității și, implicit, cu eliminarea criteriilor gen și cultură – criterii care, de altfel, constituie fundamentele analizei noastre.

¹ Sub-sectiune conform lucrării N. Voiculescu, M.B. Berna, *op.cit.*, pp. 197-204.

² Comunitatea Europeană a Cărbunelui și a Oțelului a fost reglementată de prevederile Tratatului de Instituire a Comunității Europene a Cărbunelui și Oțelului, semnat la Paris la 18 aprilie 1951, intrat în vigoare un an mai târziu. Tratatul a fost încheiat pe o perioadă de 50 de ani, ieșind din vigoare la 23 iunie 2002.

³ Comunitatea Economică Europeană și Comunitatea Europeană a Energiei Atomice au fost înființate prin Tratatul de la Roma, semnate la 25 martie 1957 și intrate în vigoare un an mai târziu. Cele două Comunități Europene au fuzionat cu prima Comunitate (desființată în 2002 prin ajungerea la termen a Tratatului) prin Tratatul de la Bruxelles (denumit și Tratatul de Fuziune) semnat în 1965 și intrat în vigoare în 1967.

⁴ *Handbook on European Non-Discrimination Law*, European Union Agency For Fundamental Rights, The European Court of Human Rights, Editura Imprimerie Centrale, Luxembourg, 2011, p. 14.

În mod corect doctrina¹ a identificat evoluția, la nivelul sistemului european în sensul asigurării egalității prin raportare la drepturile și libertățile omului prin distingerea a trei etape esențiale: (1) respingerea de către Curte a principiului respectării drepturilor omului ca parte integrantă a dreptului Uniunii Europene; (2) acceptarea, recunoașterea și protejarea principiului respectării drepturilor omului ca parte integrantă a dreptului Uniunii Europene; (3) legiferarea și monitorizarea drepturilor și libertăților fundamentale.

Prima etapă a fost marcată, la nivel jurisprudențial prin apel la cauza *Stork*² în care reclamantul s-a întors împotriva Înaltei Autorități pretinzând că a fost lezat prin decizia Înaltei Autorități în drepturile și libertățile sale astfel cum acestea sunt garantate la nivel constituțional. Curtea a hotărât că Înalta Autoritate este ținută în exclusivitate de prevederile dreptului comunitar; aceasta nu poate aplica legislația națională, având prerogative exclusiv asupra aplicării și interpretării normelor comunitare.

Etapă acceptării, recunoașterii și protejării drepturilor și libertăților fundamentale ale individului a fost deschisă, la nivel comunitar, prin cauza *Van Gend en Loos împotriva Administratie der Belastingen*³ care a marcat o schimbare de perspectivă în modul în care Curtea de Justiție a înțeles relaționarea dintre drepturile și libertățile individuale garantate în legislația națională și dreptul comunitar ajungând la concluzia conform căreia *tratatele comunitare trebuie să fie interpretate în scopul producerii de efecte directe și în scopul creării de drepturi individuale pe care instanțele naționale trebuie să le protejeze*. Contrastul dintre pozițiile exprimate de Curte în cele două spețe este evident. Astfel, în speța edificatoare pentru momentul respingerii principiului respectării drepturilor și libertăților individuale, Curtea a argumentat rezumarea atribuțiilor sale la interpretarea/aplicarea dreptului comunitar fără a lua în calcul încălcările pe care dreptul comunitar le poate aduce asupra drepturilor și libertăților individuale garantate la nivel național; consecințele aduse de o atare poziție sunt multiple⁴.

În primul rând, dreptul comunitar este prezentat ca o colecție de norme care sunt apte să determine în sarcina indivizilor obligații suplimentare față de cele deja statuate la nivel național fără ca, adițional, dreptul comunitar să fie generator de drepturi suplimentare. Dintre obligațiile suplimentare impuse de dreptul comunitar asupra indivizilor, principala obligație constă în a respecta prevederile supranaționale chiar și în ipoteza în care acestea sunt contrare drepturilor garantate în plan intern. În acest sens, dreptul comunitar se dovedește abuziv și separat de realitatea socială a statelor membre. Prin speța *Van Gend en Loos împotriva Administratie der Belastingen*, Curtea prezintă dreptul comunitar ca un ansamblu de norme care se distinge prin posibilitatea de a crea în favoarea indivizilor drepturi nu doar responsabilități; astfel, supremația dreptului comunitar asupra dreptului național și efectul direct al normelor comunitare au legitimitate întrucât impun, în favoarea indivizilor, atât obligații cât și drepturi. Deplina recunoaștere a principiului respectării drepturilor fundamentale ca parte integrantă a dreptului comunitar a fost statuată prin Declarația comună a Parlamentului European, Consiliului și Comisiei – document care declară angajamentul instituțiilor decizionale ale Uniunii de a respecta și promova în exercitarea atribuțiilor lor, a tuturor drepturilor și libertăților cuprinse în Convenția Europeană a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale și desprinse din tradiția constituțională a statelor membre. Finalmente, etapa de legiferare și monitorizare a respectării drepturilor omului în cadrul Uniunii Europene prezintă două aspecte distincte: cel formal – referitor la statuarea în legislație a principiului respectării

¹ S. Tăbușcă, *op. cit.*, pp. 80-93.

² Cauza *Stork și Cie împotriva Înaltei Autorități CECO*, hotărârea Curții C-1/58 din 4 februarie 1959.

³ Cauza *Van Gend en Loos împotriva Administratie der Belastingen*, hotărârea Curții C-26/62 din 5 februarie 1963.

⁴ S. Tăbușcă, *op. cit.*, pp. 81-94.

drepturilor omului și aspectul practic – ce oferă aplicabilitatea garantării formale a principiului menționat¹.

La nivel legal european, cea mai profundă expresie a angajamentului Uniunii Europene pe calea garantării drepturilor omului este oferită de Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii – document care prin adoptarea Tratatului de la Lisabona² dobândește forță juridică egală cu cea a tratatelor, fiind o sursă de protecție complementară celei furnizate de Convenția Europeană a Drepturilor Omului, respectiv celei furnizate de constituțiile statelor membre prin faptul că statornicește un catalog de drepturi care vine în completarea drepturilor regăsite în sistemele naționale sau în sistemul Consiliului Europei.

Problema egalității transpusă în plan juridic echivalează dreptului la nediscriminare. În sistemul de drept al Uniunii Europene, problema dreptului la nediscriminare nu a ființat *de plano*, având ca precursore etapele descrise anterior care, odată parcurse, au asigurat convergența către recunoașterea drepturilor omului ca principiu de sine stătător al ordinii juridice comunitare/europene. Aplicând analiza diacronică asupra principiului recunoașterii drepturilor omului am observat că principiul abordat beneficiază de o abordare recentă (atât în legislație cât și la nivel jurisprudențial). În informațiile prezentate anterior am urmărit să demonstrăm că teoria egalității este dependentă de circumscrierea drepturilor omului printre preocupările de prim rang ale Uniunii Europene. Bineînțeles, analiza diacronică poate fi interpretată în dublu sens, astfel încât să fie urmărită inclusiv la nivelul reglementărilor legale europene sau la nivelul interpretărilor jurisprudențiale date de către instanța europeană însă, prezenta secțiune a lucrării nu a avut ca obiect aceste aspecte.

○ III.2. Principiul egalității reflectat în legislația primară a Uniunii Europene. Posibila transpoziție în modele interdisciplinare de analiză

În secțiunea anterioară a lucrării noastre am demonstrat că principiile egalității și nediscriminării (ca standard legal comun) nu au ființat ca un *dat* înlăuntrul sistemului de drept al Uniunii Europene ci au apărut ca un *construit* jurisprudențial, ca o sumă de decizii jurisprudențiale care au luat în considerare garantarea drepturilor și libertăților indivizilor astfel cum acestea erau stabilite la nivelul legislației naționale. Așadar, construcția jurisprudențială a principiului egalității nu s-a produs în mod independent, fiind precedată de recunoașterea oficială de către Curtea Europeană de Justiție a obligației garantării drepturilor individuale. Subliniem ideea conexiunii dintre proclamarea egalității și confirmarea, pe cale jurisprudențială, a principiului respectului pentru drepturile și libertățile individuale deoarece considerăm că aceasta demonstrează în principal, concepția Uniunii Europene în materie – sintetizată în *ideea egalității ca justiție* iar în subsidiar demonstrează dezvoltarea culturii legale născută sub auspiciile Uniunii în deplină convergență cu cea proliferată sub auspiciile Consiliului Europei.

Cristalizarea egalității a fost însoțită de atribuirea, pe cale jurisprudențială³ și pe cale doctrinară⁴, a *caracterului de principiu general de drept* – calificare juridică ce atrage consecințe

¹ Pentru detalii suplimentare, a se consulta S. Tăbușcă, *op. cit.*, pp. 80-93.

² Cunoscut și sub denumirea de Tratat de Reformă prin aceea că amendează tratatele care asigură baza de funcționare a Uniunii Europene (respectiv Tratatul de la Maastricht sau Tratatul privind Uniunea Europeană și Tratatul de la Roma sau Tratatul de instituire a Comunității Economice Europene), a fost semnat la 13 decembrie 2007 și a intrat în vigoare la 1 decembrie 2009.

³ Cauza *Sermide SpAv Cassa Conguaglio Zuccheri și alții*, hotărârea Curții C 106/83 din 1984, paragraf 28; Cauza *Jippes și alții*, hotărârea Curții I-5689 din 2001, paragraf 129; Cauza *Portugalia împotriva Consiliului*, hotărârea Curții I-8395, par. 91.

⁴ T. Tridimas, *The General Principles of EC Law*, Ed. OUP, 1999; A.G. Toth, *Equality in The Oxford Encyclopedia of European Community Law*, volume 1, Ed. Clarendon Press, 1990.

esențiale: (1) în exercitarea competențelor comunitare, există obligația de conformare cu principiile generale de drept ale Comunității; (2) consacrarea legală a egalității și nediscriminării – deși reprezintă o măsură necesară pentru eliminarea situațiilor de injustiție (în care sunt tratate în mod identic persoanele aflate în situații diferite sau în care sunt tratate diferit persoanele aflate în situații similare fără ca pentru un asemenea tratament să existe o justificare obiectivă și rezonabilă) existente la nivel factual, aceasta nu este și o măsură eficientă. Astfel, efectul calificării juridice a egalității ca principiu fundamental al acțiunii europene constă în acoperirea lacunelor sau a insuficiențelor legale.

La nivelul legislației primare, principiul egalității și nediscriminării a fost pentru prima dată formulat în domeniul muncii și se referea la interzicerea discriminării pe criteriul sex. Astfel, principiul egalității între bărbați și femei în sensul asigurării remunerației egale pentru muncă de valoare egală a fost enunțat în art. 119 din Tratatul stabilind Comunitatea Economică Europeană, devenit art. 141 după intrarea în vigoare a Tratatului de la Amsterdam¹, respectiv art. 157 după intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona. În varianta sa inițială, art. 119 din Tratatul privind Comunitatea Economică Europeană consacră teoria egalității formale, urmărind exclusiv statuarea la nivel de principiu a egalității dintre bărbați și femei într-un domeniu riguros precizat – cel al muncii, fără a lua în calcul *tiparele mentale de conceptualizare a rolurilor de gen și consecințele pe care acestea le produc de facto asupra raporturilor dintre bărbați și femei*. Articolul 119 se referă, în conținutul său, la criteriul discriminatoriu al sexului, raportându-l, după cum am arătat, la domeniul muncii, fără a lua în considerare realitatea socială în temeiul căreia subordonarea femeilor în muncă sau neremunerarea corespunzătoare pentru munca depusă reprezintă situații care au fost proliferate, de-a lungul timpului, pe filiera unor standarde de gândire patriarhală care atribuiau femeilor rolul de ființe destinate sferei private, familiale, iar bărbaților rolul de lucrători activi care în mod natural sunt sau trebuie să fie integrați pe piața muncii. Atribuirea de roluri în funcție de caracteristicile biologice determină un alt criteriu – cel al genului – care, din punctul nostru de vedere, ar trebui să fie substituit criteriului sex instrumentat în articol.

Acceptând că subordonarea femeilor în muncă, respectiv ne-valorizarea muncii feminine de valoare egală cu cea a bărbaților prin raportare la un standard comun (valabil pentru femei cât și pentru bărbați) este o situație care beneficiază de o experiență îndelungată, art. 141 din Tratatul de la Amsterdam modifică art. 119 și introduce în discuție problema *acțiunilor pozitive*, adresând astfel circumstanța istorică a subordonării în muncă a segmentului feminin pe cale legală. Conform alin. (4) al articolului ante-menționat acțiunile pozitive sunt identificate în următorul context: (4) *Pentru a asigura în mod concret o deplină egalitate între bărbați și femei în viața profesională, principiul egalității de tratament nu împiedică un stat membru să mențină sau să adopte măsuri care să prevadă avantaje specifice menite să faciliteze exercitarea unei activități profesionale de către sexul mai slab reprezentat, să prevină sau să compenseze dezavantaje în cariera profesională. Aceeași perspectivă legală este afirmată și prin art. 157 alin. (4) din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene².*

Din rațiuni de sistematizare, arătăm că actualmente, textul art. 157 este următorul: (1) *Fiecare stat membru asigură aplicarea principiului egalității de remunerare între lucrătorii de sex masculin și cei de sex feminin, pentru aceeași muncă sau pentru o muncă de aceeași valoare.* (2) *În sensul prezentului articol, prin remunerație se înțelege salariul sau suma obișnuită de bază sau minime, precum și toate celelalte drepturi plătite, direct sau indirect, în numerar sau în natură, de către angajator lucrătorului pentru munca prestată de acesta. Egalitatea de*

¹ Tratatul de la Amsterdam a fost semnat la 2 octombrie 1997 și a intrat în vigoare la 1 mai 1999. Textul său amendează prevederile Tratatului de la Maastricht fără însă a le înlocui.

² În procesul de adoptare a Tratatului de la Lisabona, Tratatul instituind Comunitatea Economică Europeană a fost amendat și redenumit Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene.

remunerare, fără discriminare pe motiv de sex, presupune ca: (a) remunerația acordată pentru aceeași muncă plătită la normă să fie stabilită pe baza aceleiași unități de măsură; (b) remunerația acordată pentru aceeași muncă plătită cu ora să fie aceeași pentru locuri de muncă echivalente. (3) Parlamentul European și Consiliul hotărând în conformitate cu procedura legislativă ordinară și după consultarea Comitetului Economic și Social, adoptă măsuri necesare pentru a asigura punerea în aplicare a principiului egalității șanselor și al egalității de tratament între bărbați și femei în ceea ce privește munca și locul de muncă, inclusiv a principiului egalității de remunerare pentru aceeași muncă sau pentru o muncă echivalentă. (4) Pentru a asigura în mod concret o deplină egalitate între bărbați și femei în viața profesională, principiul egalității de tratament nu împiedică un stat membru să mențină sau să adopte măsuri care să prevadă avantaje specifice menite să faciliteze exercitarea unei activități profesionale de către sexul mai slab reprezentat, să prevină sau să compenseze dezavantaje în cariera profesională.

Din modul de formulare a art. 157 regăsit în Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene înțelegem că se urmărește îndepărtarea discriminării directe și a discriminării indirecte – aceasta din urmă se realizează prin adăugarea alin. (4) referitor la acțiuni pozitive și prin operarea înlocuirii în sintagma *muncă egală* cu formularea *muncă de valoare egală*.

Comentariile de mai sus asupra articolelor citate evidențiază aplicabilitatea principiului egalității într-un domeniu particular – cel al muncii. Legislația primară în vigoare – reprezentată, prin Tratatul Privind Uniunea Europeană – modificat prin Tratatul de la Lisabona cuprinde principiul general al nediscriminării cetățenilor în art. 8 – acesta acționând precum o garanție generală în favoarea aplicării principiului nediscriminării în materii conexe. Exprimând în conținutul său ideea fundamentală potrivit căreia: *În toate activitățile sale, Uniunea respectă principiul egalității cetățenilor săi, care beneficiază de o atenție egală din partea instituțiilor, organelor, oficiilor și agențiilor sale*, se referă în mod implicit la eliminarea tuturor formelor de discriminare (recunoscute în teoria clasică sau modernă) în toate domeniile de activitate – instituind o garanție generală și completă în favoarea nediscriminării. În mod similar, art. 2 din Tratatul Privind Uniunea Europeană, modificat prin Tratatul de la Lisabona, statuează cu titlu de principiu nediscriminarea, menționând, în alin. (3), par. 2 idee conform căreia: *Uniunea combate excluziunea socială și discriminările și promovează justiția și protecția socială, egalitatea între femei și bărbați, solidaritatea între generații și protecția drepturilor copilului*.

Interpretarea principiului egalității în remunerare dintre bărbați și femei pentru muncă de valoare egală a fost una problematică deoarece fundamentele care au determinat consacrarea juridică a acestui principiu au fost, în primul rând economice și în special, au fost relaționate cu dorința Franței de a elimina distorsiunile în regulile de competiție economică aplicate în relația dintre statele membre. În consecință, recunoașterea principiului *plată egală independent de criteriul gen pentru muncă de valoare egală* ca garant al unui drept fundamental al individului a fost realizată cu dificultate urmând calea jurisprudențială¹. Articolele citate sprijină demonstrația legăturii de interdependență dintre consacrarea respectării drepturilor și libertăților ca principiu general al Uniunii și nediscriminarea ca principiu general al Uniunii.

La nivel european, drepturile fundamentale sunt înțelese precum drepturile garantate în constituțiile statelor membre sau precum drepturile derivate din tradițiile constituționale ale statelor membre; la acestea se adaugă drepturile stabilite sub egida Convenției Europene a Drepturilor Omului. Respectarea drepturilor fundamentale determină, în mod implicit, respectul pentru principiul egalității și nediscriminării – acesta, la rândul său, fiind recunoscut prin jurisprudența Curții de la Luxemburg, ca un drept fundamental al omului. Mai mult, prin

¹ Cauza *Gabrielle Defrenne împotriva Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena* Hotărârea Curții C-43/75 din 1976. Cauza *Deutsche Telekom AG, formerly Deutsche Bundespost Telekom v Lilli Schröder* Hotărârea Curții C-50/96 din 2000.

modificările legislative aduse de Tratatul de la Lisabona, art. 6 alin. (2) și (3), drepturile și libertățile fundamentale beneficiază de recunoaștere oficială la nivelul Uniunii Europene și de protecție în consecință. Prin cuprinsul pe care îl evocă, textele art. 6 clarifică în mod ireversibil statul drepturilor și libertăților fundamentale ale omului în sistemul de drept al Uniunii statuând în mod expres: (2) *Uniunea aderă la Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale. Competențele Uniunii, astfel cum sunt definite în tratate, nu sunt modificate de această aderare.* (3) *Drepturile fundamentale, astfel cum sunt garantate prin Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și astfel cum rezultă din tradițiile constituționale comune statelor membre, constituie principii generale ale dreptului Uniunii.*

Dintre instrumentele juridice care marchează, la nivel european, dimensiunea legislației primare, *Carta Drepturilor Fundamentale*¹ este cel mai complet document în materia drepturilor și libertăților fundamentale, cuprinzând un catalog de prerogative din toate cele trei generații – civile și politice, economice, sociale și culturale, de solidaritate. Partea preambulară a Cartei este un indicator al gradului de evoluție a culturii legale europene dezvoltată sub auspiciile Uniunii, menționând idei esențiale care asigură fundamentul funcționării acestei structuri supranaționale. Raportându-ne la modalitatea subiectivă și intersubiectivă de înțelegere a noțiunii de *cultură legală* – pe care am prezentat-o anterior în lucrarea noastră², observăm că preambulul Cartei apare ca o expunere de motive, ca o argumentație filozofico-sociologică a rațiunii pentru care drepturile și libertățile conținute în Cartă au fost adoptate în forma prezentă. Cultura legală a Uniunii Europene transpare din valorile socio-juridice menționate în Cartă și este validată atât din punct de vedere subiectiv cât și din punct de vedere intersubiectiv. Din punct de vedere subiectiv, formularea ideilor cuprinse în preambul sunt consecința unui filtru individual al conștiinței cetățeanului european. Din punct de vedere intersubiectiv, cadrul axiologic al preambulului Cartei reprezintă un standard comun definițional pentru conduita cetățeanului european.

Încă din Preambulul Cartei Drepturilor Fundamentale (al doilea paragraf) se dezvăluie ideea centrală a respectului datorat drepturilor omului, democrației și statului de drept, inserând între aceste principii respectul pentru egalitate – ca valoare juridică: *Conștiință de patrimoniul său spiritual și moral, Uniunea este întemeiată pe valorile indivizibile și universale ale demnității umane, libertății, egalității și solidarității; aceasta se întemeiază pe principiile democrației și statului de drept. Uniunea situează persoana în centrul acțiunii sale, instituind cetățenia Uniunii și creând un spațiu de libertate, securitate și justiție.*

¹ Carta Drepturilor Fundamentale a fost elaborată la 7 decembrie 2000, a fost proclamată oficial și adoptată la Strasbourg la 12 decembrie 2007 și a dobândit forță juridică obligatorie, egală cu cea a tratatelor, prin adoptarea Tratatului de la Lisabona. Privitor la acțiunea juridică a Cartei, aceasta urmărește să asigure o protecție legală suplimentară drepturilor și libertăților consacrate la nivel național și cuprinse în Convenția Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale. Prin art. 53 din Cartă, ideea enunțată anterior este statuată în următorul mod: *Nici una dintre dispozițiile prezentei carte nu poate fi interpretată ca restrângând sau aducând atingere drepturilor omului și libertăților fundamentale recunoscute, în domeniile de aplicare corespunzătoare, de dreptul Uniunii și dreptul internațional, precum și de convențiile internaționale la care Uniunea sau toate statele membre sunt părți, și în special Convenția Europeană pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale, precum și prin constituțiile statelor membre.*

² Ideea esențială pe care am propus-o pentru înțelegerea termenului de *cultură legală* poate fi descompusă în două sensuri: (1) *cultura legală* desemnează modul în care individul înțelege să se raporteze la norma de drept (națională sau internațională) și să o interiorizeze (dimensiunea subiectivă de concepție a culturii legale); de asemenea, (2) *cultura legală* desemnează modul în care individul își stabilește comportamentul în societate, respectiv în relaționarea cu alți indivizi grație normei de drept (avem în vedere, în acest caz, dimensiunea inter-subiectivă de concepție a culturii legale care poate fi rezumată în ideea potrivit căreia impulsul pe care norma de drept îl oferă individului este un temei suficient pentru a modela acțiunile și interacțiunile sociale ale acestuia).

Egalitatea este prezentată ca valoare care se bucură de indivizibilitate și universalitate fiind enumerată, în preambulul Cartei, după valorile demnității umane și libertății. Suntem de părere că asocierea egalității cu demnitatea și libertatea umană este firească, dat fiind caracterul compozit al teoriei egalității pe care l-am enunțat în secțiunea de început a capitolului. Derivat din complexitatea valorii egalității, caracterul compozit face posibilă stabilirea de relații interdependente cu demnitatea și libertatea, nici una dintre aceste valori neputând fi concepută în absența alteia. În primul rând, demnitatea umană este punctul euristic în statuarea libertății și egalității dat fiind că aceste două valori din urmă se descoperă prin rațiunea demnității: indivizii sunt liberi în temeiul demnității înnăscute iar tratamentul egal pentru cei aflați în situații egale, respectiv tratamentul diferit pentru cei aflați în situații diferite și respectarea implicită a dreptului de a fi diferit sunt premise datorate în virtutea demnității umane.

În titlul al III-lea al Cartei, valoarea egalității este enunțată în cadrul a 7 articole (de la art. 20 – *Egalitatea în fața legii* – la art. 26 – *Integrarea persoanelor cu handicap*) sub ambele aspecte presupuse de caracterul său compozit: egalitatea propriu-zisă și nediscriminarea. Suntem de părere că prin reunirea, sub titlul egalității, a unor prerogative care se referă deopotrivă la egalitate cât și la dreptul la nediscriminare, caracterul compozit se estompează și evoluează către standardul comun pe care l-am propus în demersul introductiv al prezentului capitol.

Articolul 21 alin. (1) din Cartă stabilește interdicția discriminării, enumerând criteriul discriminatoriu al sexului pe prima poziție printre motivele de nediscriminare: *Se interzice discriminarea de orice fel, bazată pe motive precum sexul, rasa, culoarea, originea etnică sau socială, caracteristicile genetice, limba, religia sau convingerile, opiniile politice sau de orice altă natură, apartenența la o minoritate națională, averea, nașterea, handicap, vârsta sau orientarea sexuală*. Importanța pe care Carta o atribuie principiului nediscriminării în funcție de criteriu sex este consolidată prin reiterarea în art. 23 care, referindu-se la egalitatea dintre bărbați și femei, enunță în expresis: *Egalitatea între femei și bărbați trebuie asigurată în toate domeniile, inclusiv în ceea ce privește încadrarea în muncă, munca și remunerarea. Principiul egalității nu exclude menținerea sau adoptarea de măsuri care să prevadă avantaje specifice în favoarea sexului sub-reprezentat*.

În altă ordine de idei, spre deosebire de Convenția Europeană a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale care nu atestă în mod expres dreptul la identitate culturală sau nediscriminarea în funcție de identitatea culturală – aceste aspecte putând fi desprinse doar pe cale interpretativă, Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, așază în cadrul destinat egalității, respectul pentru diversitatea culturală, religioasă și lingvistică – statuat în art. 22. Prin modul în care este sistematizată valoarea egalității în cuprinsul Cartei Drepturilor Fundamentale, demonstrația conexiunii dintre criteriul cultural și criteriul gen este facilă, decurgând în manieră implicită. *Mutatis mutandis*, demonstrația conexării celor două criterii la nivel jurisprudențial va fi, de asemenea, implicită.

După cum rezultă din titlul prezentei sub-secțiuni, teoria egalității reflectată în sistemul de drept al Uniunii Europene poate fi transpusă în modele interdisciplinare de analiză prin aceasta reiterându-se și caracterul compozit al teoriei egalității. Literatura de specialitate¹ distinge între 3 dimensiuni conceptuale care pot fi acordate egalității în condițiile în care aceasta este transpusă în normele de drept europene: (1) *egalitatea ca raționalitate* – este explicabilă din punctul de vedere al raporturilor dintre indivizi și autoritățile publice bazându-se pe ideea conform căreia atunci când exercițiul puterilor guvernamentale determină un tratament inegal, acesta trebuie să fie justificat în mod corespunzător, prin aplicarea de criterii persuasive; acest model este apt să

¹ C. McCrudden, *The New Concept of Equality*, Academy of European Law, Trier, 2003, pp. 2-24.

explică egalitatea tuturor persoanelor în fața legii – menționată în art. 20 al Cartei Drepturilor Fundamentale; (2) *egalitatea ca protecție a dimensiunii economice a drepturilor* – este remarcată în asigurarea principiului egalității de remunerare între femei și bărbați pentru muncă de valoare egală – principiu a cărei evoluție am observat-o la începutul analizei cuprinse în prezenta sub-sectiune; (3) *egalitatea ca mod de prevenire a daunelor* – explică aplicarea art. 21 din Carta Drepturilor Fundamentale care stabilește criteriile de nediscriminare ce pot prejudicia exercițiul legitim al drepturilor și libertăților individuale.

○ III.3. Principiul egalității reflectat în legislația secundară a Uniunii Europene. *Posibila transpoziție în modele interdisciplinare de analiză*

Legislația secundară a Uniunii Europene prezintă principiul egalității pe aceleași coordonate evolutive statuate de tratate. Raportat inițial la domeniul muncii și asigurarea justiției în remunerarea dintre femei și bărbați pentru munca egală/de valoare egală depusă, principiul egalității a fost implementat printr-o seamă de directive după ce inițial fusese statornicit în art. 119 din Tratatul privind instituirea Comunității Economice Europene. Problema pe care am sesizat-o cu privire la inedita evoluție a principiului egalității de remunerație între bărbați și femei pentru muncă de valoare egală poate fi formulată în următorul sens: poate fi legitimată transferarea principiului egalității de remunerare între bărbați și femei din sfera de cuprindere a prevederilor tratatelor în sfera de cuprindere, respectiv în scopul de aplicare al prevederilor directivelor – ca elemente legislative europene aparținătoare legislației secundare? Răspunsul la această interogație ar părea, la o primă vedere, negativ deoarece egalitatea – ca principiu fundamental de drept al Uniunii Europene se cuvine să fie urmărită și inclusă în sfera de aplicare a tratatelor. Cu toate acestea, art. 119 din Tratatul privind instituirea Comunității Economice Europene, promovând egalitatea de remunerare independent de sex pentru muncă egală, a stabilit termenul de 1 ianuarie 1962 pentru ca statele membre să asigure integrarea principiului ante-menționat la nivelul legislației lor secundare. Observând neconformarea statelor membre cu termenul dat, la nivel european s-a formulat un program social de acțiune sub egida Consiliului care avea ca obiectiv fundamental transpunerea în concret a egalității de remunerare prin adoptarea unor directive specifice.

Debutul legislativ în materia directivelor menite să sprijine egalitatea între bărbați și femei a fost marcat de Directiva Consiliului 75/117/CEE din 10 februarie 1975 care reiterea principiul născut sub auspiciile art. 119 din Tratatul instituind Comunitatea Economică Europeană referitor la egalitatea remunerației pentru muncă egală/de valoare egală între bărbați și femei. Au urmat directive care au reformulat principiul egalității de remunerare între bărbați și femei în sensul dezvoltării prin stabilirea unui nou *modus comprehendendi*. Reorientarea s-a produs de la garantarea principiului egalității de remunerare la: (1) garantarea egalității de tratament între bărbați și femei în ocuparea unui loc de muncă, promovarea, pregătirea profesională, condițiile de muncă și interzicerea discriminării directe și indirecte (Directiva Consiliului 76/207/CEE din 9 februarie 1976); (2) garantarea egalității de tratament între bărbați și femei în materia drepturilor de securitate socială, respectiv în materia asigurării drepturilor egale în domeniul asigurărilor sociale, în materie de cotizare, în materie de prestații (Directiva Consiliului 79/7/CEE din 19 decembrie 1978); (3) egalitatea între sexe în materie de regimuri de securitate socială având aplicație concretă în privința sistemului de pensii profesionale și promovând acțiunile pozitive pentru unul dintre sexele defavorizate precum vârsta diferită de pensionare dintre bărbați și femei (Directiva Consiliului 86/378/CEE din 24 iulie 1986); (4) protecția maternității și a lucrătoarelor care au născut sau care alăptează și redirectionarea sarcinii probei către angajator – acesta fiind nevoit să dovedească aceea că tratamentul invocat

de reclamantă ca discriminatoriu este justificat (Directiva Consiliului 97/80/CEE din 15 decembrie 1997)¹.

Evoluția principiului egalității astfel cum este ilustrată prin scopul de reglementare al directivelor menționate a fost determinată de conștientizarea unor noi nevoi sociale și de necesitatea adresării lor pe calea legislativă. După cum am exprimat anterior, cauza primă care a determinat evoluția principiului egalității de la sfera remunerării la alte problematice sociale trebuie să fie căutată în *conștientizarea* unor noi nevoi sociale care existau în stare latentă fără a beneficia de o reglementare expresă. Problema nu poate fi formulată în sensul *aparității* unor noi nevoi sociale care reclamau soluționarea. Conștientizarea protecției maternității în muncă, promovarea acțiunilor pozitive sub forma stabilirii unor vârste de pensionare diferite între bărbați și femei, asigurarea egalității de tratament între sexe în momentul recrutării sau pe parcursul perioadei de angajare, promovarea egalității între bărbați și femei în mediul antreprenorial și în scopul concilierii vieții profesionale cu viața privată² – reprezintă o modificare de percepție și de mentalitate care este în acord cu modul actual de înțelegere a semnificației sintagmei *cultură legală europeană*.

În exemplele oferite, egalitatea dintre bărbați și femei este enunțată în sens substanțial întemeindu-se pe dreptul de a fi diferit. Pentru o mai bună înțelegere, în cazul protecției maternității sau a stabilirii de măsuri pozitive pentru promovarea sexului sub-reprezentat, au fost considerate diferențele biologice dintre bărbați și femei, fiind totodată conștientizată nevoia integrării lor într-un standard comun de referință. Dacă am păstra ca standard de referință situațiile și experiențele de viață pur masculine (acestea exceptând *de plano* situații precum graviditatea, maternitatea sau dificultățile în reconcilierea vieții private și a vieții de familie), impunând acest standard pentru evaluarea situației feminine, rezultatul ar fi inechitabil și ar manifesta egalitatea în sensul său pur formal. Unite prin aceeași filozofie legală, directivele enumerate mai sus au fost sistematizate și modificate prin reforma realizată de Directiva Parlamentului European și a Consiliului 2006/54/CE din 5 iulie 2006³ astfel încât rezultatele aplicării principiului egalității între bărbați și femei să devină vizibile la nivel legal și să poată fi operate cu ușurință modificările necesare pentru perfectare legislației în materie.

În mod similar cu demersul științific întreprins la momentul abordării legislației primare a Uniunii Europene, putem conchide că principiul egalității între bărbați și femei ilustrat în legislația secundară a Uniunii este susceptibil de conceptualizarea și integrarea într-un model interdisciplinar de analiză. Revenind la clasificarea modelelor interdisciplinare de analiză propusă de McCrudden, egalitatea prezentată în textul directivelor se regăsește la intersecția dintre *modelul egalității ca justiție individuală* și *modelul egalității ca justiție de grup*⁴. Astfel, principiul egalității dintre bărbați și femei înfățișat prin raportare la domeniul muncii și securității sociale se apropie de modelul justiției individuale pentru că argumentează egalitatea dintre sexe în temeiul meritelor și prin integrarea diferențelor inerente dintre genuri. Pe de altă parte, principiul egalității se apropie de modelul justiției colective pentru că se urmărește, prin intermediul acestui model, (1) re-distribuirea resurselor în domeniul muncii și securității sociale astfel încât grupul feminin care a fost supus în mod sistematic dezavantajelor să

¹ Pentru mai multe detalii, a se consulta, S. Tăbușcă, *op. cit.*, pp. 100-105.

² Aceste două obiective au fost promovate prin Directiva Consiliului și a Parlamentului European 2010/41/UE din 7 iulie 2010 care abrogă și înlocuiește Directiva Consiliului 86/613/CEE din 11 decembrie 1986 privind aplicarea principiului egalității dintre bărbați și femeile care desfășoară o activitate, inclusiv agricolă, în calitate de independenți, precum și protecția femeilor care desfășoară activități independente în timpul gravidității și a maternității.

³ Directiva 2006/54/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 5 iulie 2006 privind punerea în aplicare a principiului egalității de șanse și al egalității de tratament între bărbați și femei în materie de încadrare în muncă și de muncă (reformare).

⁴ C. McCrudden, *op. cit.*

primească o cotă-parte egală cu cea care se cuvine bărbaților, dar și (2) re-formularea condițiilor de muncă, a criteriilor de angajare, promovare, pregătire profesională astfel încât femeile să beneficieze de facilitățile care decurg din aceasta în măsură egală cu bărbații.

○ III.4. Cazul particular al Directivelor 2000/78/CE¹ și 2000/43/CE². Argument în favoarea criteriului cultural al nediscriminării³

Directiva de creare a unui cadru general în favoarea tratamentului egal privind ocuparea forței de muncă și condițiile de muncă (Directiva 2000/78) a fost adoptată în baza art. 13 din Tratatul de la Amsterdam care urmărea implementarea unei liste a criteriilor discriminatorii astfel încât aplicarea tratamentului egal să fie un obiectiv realizabil în cadrul legislațiilor statelor-națiune. La rândul său, Directiva are meritul de a aduce la nivelul legislației secundare a Uniunii Europene o listă închisă de criterii discriminatorii care trebuie să fie luate în considerare în momentul evaluării tratamentului egal. Mai mult, meritul Directivei Consiliului 2000/78/CE constă în aceea că prin textul art. 1 sunt enumerate, printre criteriile discriminatorii, pe prima poziție, criteriile apartenenței religioase și a convingerilor: *Prezenta directivă are ca obiectiv stabilirea unui cadru general de combatere a discriminării bazate pe apartenență religioasă sau convingeri, handicap, vârstă sau orientare sexuală.*

Observăm lipsa criteriului *gen* din enumerare – aspect justificat dat fiind faptul că enumerarea criteriilor discriminatorii cuprinse în art. 1 al directivei sub titlul *Obiectivul* sunt orientate către alte aspecte ale egalității. Astfel, criteriul sex a constituit primul criteriu discriminatoriu consacrat la nivelul legislației primare și secundare – motivele care au promovat o asemenea perspectivă fiind de natură economică și au răspuns cu precauțiune înlăturării eventualelor neajunsuri concurențiale antrenate de ne-valorizarea corespunzătoare a muncii feminine. Pe de altă parte, criteriul apartenenței religioase și cel al convingerilor sunt expresia unei clare evoluții în tratamentul egalității la nivel european, reprezentând, din punctul nostru de vedere, un prim pas în vederea stabilirii *criteriului cultural* ca și criteriu discriminatoriu întrucât religia reprezintă, după cum am susținut în cursul lucrării noastre, o dimensiune marcantă a culturii.

Includerea apartenenței religioase și a altor convingeri în sfera criteriilor interzise prezentate în directivă reprezintă, pe de altă parte, armonizarea cu prevederile Declarației Universale a Drepturilor Omului (care stabilește, cu titlu de principiu, în art. 18, dreptul fiecărui individ la libertatea de gândire, conștiință și religie) sau cu prevederile Convenției Europene a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale (care garantează în cuprinsul art. 9 libertatea religioasă, de gândire și de conștiință). Non-relaționarea criteriului religios cu cel al sexului poate fi interpretată, pe de altă parte, dincolo de sensul inițial pe care l-am propus

¹ Directiva 2000/78/CE de creare a unui cadru general în favoarea egalității de tratament în ceea ce privește încadrarea în muncă și ocuparea forței de muncă a fost adoptată de Consiliul Uniunii Europene la data de 27 noiembrie 2000. În plan național, Directiva 2000/78/CE a fost transpusă prin prevederile O.G. nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, cu modificările și completările ulterioare.

² Consiliul Uniunii Europene a adoptat, la 29 iunie 2000, Directiva 2000/43/CE de punere în aplicare a principiului egalității de tratament între persoane, fără deosebire de originea rasială sau etnică. În plan național Directiva 2000/43/CE a fost transpusă prin prevederile O.G. nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, cu modificările și completările ulterioare. Prin Legea nr. 324/2006 pentru modificarea și completarea O.G. nr. 137/2000, legiuitorul roman a prevăzut transpunerea prevederilor Directivei Consiliului 2000/43/CE, precum și a prevederilor Directivei Consiliului 2000/78/CE.

³ Sub-secțiune conform lucrării N. Voiculescu, M.B. Berna, *op. cit.*, pp. 226-235.

(acela care denotă evoluția sistemului de drept al Uniunii Europene în materie de discriminare) precum o manieră de evitare a tratării unor conflicte care ar putea fi configurate (*exempli gratia*, un posibil conflict ar putea apărea între dreptul la religie al unei comunități particulare și drepturile fundamentale ale femeilor precum dreptul la viață, dreptul la integritate fizică sau psihică).

Observăm că Directiva 2000/78/CE nu dezvoltă (în sensul definirii și arătării particularităților) criteriile discriminatorii arătate în art. 1, lăsând, în acest sens, neacoperită sfera de cuprindere a criteriului de discriminare în funcție de apartenența religioasă și în funcție de convingeri. Cu toate acestea, cercetarea preambulului directivei ne permite să observăm că în par. 24, teza I, sunt reafirmate angajamentele Uniunii Europene în sensul respectării libertății religioase și a autonomiei de organizare a diferitelor culte sau organizații filozofice sau neconfesionale¹.

Suntem de părere că textul preambular avut în vedere definește, în mod implicit, criteriul religios. Astfel, religia include mai mult decât adeziunea individului la valorile promovate de către Biserici sau asociații și comunități religioase, extinzându-se inclusiv asupra valorilor promovate de către organizații filozofice și neconfesionale. În acest punct devine evident faptul că sfera religioasă se extinde inclusiv asupra ideilor esențiale care orientează viața individului și la care individul aderă. În mod similar s-a pronunțat și literatura de specialitate în analiza Directivei 2000/78/CE. Doctrina² a stabilit că directiva subscrie la modelul definițional american al criteriului religios conform căruia religia constă într-un ansamblu de credințe care desemnează preocupări ultime pentru individ – respectiv preocupări pe care individul le consideră suficient de importante pentru a fi idei călăuzitoare. Criteriul instrumentat în acest sens este unul subiectiv – limita sa constând în faptul că nu pot fi aplicate criterii riguroase de evaluare a unei credințe ca având caracter religios sau nu. Pe de altă parte, avantajul constă în posibilitatea de a include – în sfera religioasă – a unor credințe neconsacrate precum umanismul.

Criteriul convingerilor nu este precizat în textul directivei și nici în partea preambulară a directivei. La o primă vedere, suntem tentați a asocia criteriul convingerilor cu cel religios, respectiv cu dimensiunea religioasă care acceptă acele idei fundamentale în funcție de care individul își orientează existența. O analiză particulară ne conduce însă la concluzia potrivit căreia criteriul religios și cel al convingerilor sunt despărțite ca semnificație din două rațiuni fundamentale: (1) modul de exprimare utilizat în textul directivei, art. 1 (*apartenență religioasă sau convingeri*) și (2) conținutul pe care fiecare criteriu îl reclamă. Cu privire la ultimul punct trebuie să subliniem că în privința ambilor termeni există o dificultate de conceptualizare care nu a fost soluționată prin textul directivei, departajarea conceptuală fiind disponibilă pe cale doctrinară. Aceeași opinie existentă în literatura de specialitate³ arată că spre deosebire de religie, convingerea presupune o structură mentală alcătuită din percepțiile/interpretările personale asupra lumii. Din acest punct de vedere, considerăm că departajarea *religie* – *convingere* este evidentă: religia presupune adeziunea individului la un ansamblu de valori pre-existente, impuse de o formă de organizare clerică, în timp ce convingerea are un puternic caracter interpretativ, referindu-se la modul individual de conceptualizare/de raportare față de evenimentele vieții cotidiene.

¹ Textul menționat extras din Directivă este următorul: *Uniunea Europeană a recunoscut explicit în Declarația nr. 11 privind statutul bisericii și organizațiilor neconfesionale, anexată la Actul Final din Tratatul de la Amsterdam, că respectă și nu aduce atingere statutului de care beneficiază, în temeiul dreptului național, bisericile sau asociațiile și comunitățile religioase în statele membre și că respectă și statutul organizațiilor filozofice și neconfesionale.*

² L. Vickers, *Religion and Belief Discrimination in Employment – the EU law*, Belgium, 2007, p. 26.

³ *Ibidem*, p. 29.

Deși criteriile *religie* și *convingere* au rămas needificate, meritul Directivei 2000/78/CE constă în identificarea principiului egalității cu nediscriminarea și definirea diferitelor forme de discriminare. Articolul 2 intitulat *conceptul de discriminare* înfățișează modalitățile diferite în care poate fi încălcat principiul egalității, definind în *expresis* conceptele de *discriminare directă*, *discriminare indirectă*, *hărțuire*¹.

Un comentariu pertinent considerăm că se cuvine să fie adresat art. 5 al directivei – acesta impunând o formă aparte de asigurare a egalității prin implementarea conceptului *amenajări corespunzătoare* – concept care, în doctrina inter-americană și europeană a fost transpus sub forma *acomodării rezonabile*. Textual, art. 5 al directivei prescrie: *în scopul garantării principiului egalității față de persoanele cu handicap sunt prevăzute amenajări corespunzătoare. Aceasta însemnând că angajatorul ia măsuri corespunzătoare, în funcție de nevoi, într-o situație concretă, pentru a permite unei persoane cu handicap să aibă acces la un loc de muncă, să îl exercite sau să avanseze, sau să aibă acces la formare, cu condiția ca aceste măsuri să nu presupună o sarcină disproporționată pentru angajator. Această sarcină nu este disproporționată atunci când este compensată corespunzător prin măsuri existente în cadrul politicii urmărite în statele membre, adoptate în favoarea persoanelor cu handicap.*

În sistemul de drept european, doctrina *acomodării rezonabile* a fost transpusă în sensul obținerii unei egalități simetrice, bazată pe înlăturarea oricărui privilegiu injust. Singura aplicație a doctrinei *acomodării rezonabile* este regăsită în sistemul de drept al Uniunii Europene, la nivelul legislației secundare, respectiv în articolul mai sus citat. Articolul 5 reflectă un progres major obținut prin modul de abordare a teoriei egalității și a cerinței nediscriminării, respectiv prin faptul că permite adoptarea de măsuri concrete care, odată aplicate în practică, determină împlinirea egalității substanțiale, reale, evaluată prin prisma efectelor pe care le produce măsura și nu în mod abstract, prin raportare la logica internă a textului directivei/legislației europene în ansamblul său. Totuși, se cuvine să subliniem că inconvenientul articolului constă în limitarea dispozițiilor referitoare la măsuri corespunzătoare la cazul persoanelor cu dizabilități (persoane cu handicap în traducerea textului directivei). Suntem de părere că măsurile corespunzătoare pentru acomodarea în muncă pot fi referitoare inclusiv la criteriul legat de apartenența religioasă și convingeri, dat fiind faptul că măsurile privitoare la amenajări corespunzătoare sunt un instrument performant pentru asigurarea integrării culturale a persoanelor aparținătoare minorităților naționale (indiferent de tipologia acestora). *Opinăm că întinderea obligației angajatorului de acomodare rezonabilă trebuie să depășească sfera persoanelor cu handicap și să se aplice inclusiv pe criterii culturale, acest imperativ răspunzând angajamentului consacrat prin art. 22 din Carta Drepturilor Fundamentale a*

¹ Conform art. 2 alin. (2) lit. a) și b), prin discriminare directă și discriminare indirectă înțelegem următoarele: *discriminarea directă se produce atunci când o persoană este tratată într-o manieră mai puțin favorabilă decât este, a fost sau va fi tratată într-o situație asemănătoare o altă persoană pe baza motivelor menționate în art. 1; discriminarea indirectă se produce atunci când o dispoziție, un criteriu, o practică aparent neutră poate avea drept consecință un avantaj special pentru persoane de o anumită religie sau convingere, cu un anumit handicap, de o anumită vârstă sau de o anumită orientare sexuală în raport cu o altă persoană, cu excepția cazului în care: (i) această dispoziție, acest criteriu sau această practică este corect justificată de un obiectiv legitim iar mijloacele de realizare ale acestui obiectiv sunt adecvate și necesare sau (ii) în cazul persoanelor cu un anumit handicap, angajatorul, sau oricare altă persoană sau organizație care intră sub incidența prezentei directive, este obligat, conform legislației naționale, să ia măsurile respective conform principiilor prevăzute în art. 5 cu scopul de a elimina dezavantajele care rezultă din această dispoziție, criteriu sau practică. Conform art. 2 alin. (3), hărțuirea este considerată o formă de discriminare, în sensul alin. (1), atunci când se manifestă un comportament indezirabil cu privire la motivele menționate în art. 1 care are ca obiectiv sau ca efect lezarea demnității unei persoane și crearea unui mediu de intimidare ostil, degradant, umilitor sau ofensiv. În acest context, noțiunea de hărțuire poate fi definită conform legislației și practicilor naționale ale statelor membre.*

Uniunii Europene care atestă, sub egida diversității culturale, aceea că Uniunea respectă diversitatea culturală, religioasă și lingvistică.

Este clar că nu putem așeza într-un raport de identitate perfectă criteriul dizabilităților cu cel al apartenenței culturale sau religioase, însă între cele două criterii există similitudini care nu pot fi negate. În sinteză, acestea pot fi sistematizate astfel: dacă deficiențele fizice sau mentale împiedică individul să își execute sarcinile de serviciu astfel încât pentru acomodarea persoanelor cu dizabilități sunt necesare măsuri corespunzătoare, în mod similar, indivizii aparținând altor culturi/religii se pot simți expuși/marginalizați/lezați în demnitatea lor și deci supuși hărțuirii în sensul menționat de directivă dacă nu sunt asigurate măsuri corespunzătoare pentru integrarea simbolurilor/practicilor sau tradițiilor religioase/culturale care definesc dimensiunea spirituală a acestora. Mai mult decât atât, lipsa implementării doctrinei acomodării rezonabile în considerarea criteriilor culturale (în speță, prin raportare la prevederile directivei, prin luare în calcul a criteriilor *apartenență religioasă și opinie*) poate avea ca și consecință supunerea angajatului la *hărțuire morală* la locul de muncă. *De facto*, există posibilitatea ca angajatul – aparținător al minorității religioase sau având convingeri neîmpărtășite de majoritate – să fie supus unui proces sistematic de înfrângere a drepturilor sale în procesul muncii, respectiv să fie supus unui proces de intimidare care, finalmente, poate duce la pierderea locului de muncă¹.

Directiva Consiliului 2000/43/CE din 29 iunie 2000 de punere în aplicare a principiului egalității de tratament între persoane, fără deosebire de rasă sau origine etnică aduce în discuție un alt criteriu care servește definirii factorului cultural ca factor discriminatoriu. Din punct de vedere structural, Directiva 2000/43/CE urmează forma directivei antemenționate, definind, în mod similar, conceptele de *discriminare directă*, *discriminare indirectă* sau *hărțuire*². Privitor la domeniul de aplicare al celor două directive observăm diferențe deoarece Directiva cadru privind aplicarea tratamentului egal în domeniul ocupării forței de muncă și al condițiilor de muncă se referă în mod explicit la promovarea egalității și nediscriminării în materie de muncă și ocupare (astfel cum rezultă din titlul directivei) în timp ce Directiva privitoare la criteriile etniei și rasei este acoperitoare pentru mai multe domenii. După cum atestă art. 3 al directivei, domeniul de aplicare cuprinde munca și ocuparea, extinzându-se și la protecția socială, securitatea socială, îngrijire medicală, avantaje sociale, educație, accesul la bunuri și servicii și punerea acestora la dispoziția publicului inclusiv în ceea ce privește locuința.

¹ Conceptul de *hărțuire morală în relațiile de muncă* nu are echivalent juridic în sistemul național însă acesta a fost dezvoltat pe cale doctrinară pornindu-se de la realități factice. Cu toate acestea, noțiunea de *hărțuire morală* are echivalent juridic la nivel european în art. 12 alin. (3) din Statutul Funcționarilor Uniunii Europene: *Prin hărțuire morală se înțelege orice conduită abuzivă de lungă durată, repetată sau sistematică, ce se manifestă prin comportament, limbaj, acte, gesturi și înscrisuri care sunt intenționate și care aduc atingere personalității, demnității sau integrității fizice sau psihice a unei persoane.* Pentru o analiză detaliată asupra termenului, a se vedea L.-M. Muscalu, *Discriminarea în relațiile de muncă*, Ed. Hamangiu, București, 2015, pp. 39-45.

² Articolul 2 din Directiva 2000/43/CE definește conceptele de discriminare directă, discriminare indirectă și hărțuire după cum urmează: (2) *În sensul alin. (1): (a) se consideră că are loc o discriminare directă atunci când o persoană este tratată mai puțin favorabil decât a fost sau ar fi o altă persoană, într-o situație comparabilă, pe baza rasei sau originii etnice; (b) se consideră că are loc o discriminare indirectă atunci când o dispoziție, un criteriu sau o practică aparent neutră pune o persoană, de o anumită rasă sau origine etnică, într-o situație specială dezavantajoasă, în comparație cu alte persoane, în afară de cazul în care acea dispoziție, criteriu sau practică se justifică obiectiv, printr-un scop legitim și dacă mijloacele de atingere a aceluia scop sunt corespunzătoare și necesare. (3) Hărțuirea se consideră discriminare în sensul primului alineat, dacă are loc un comportament nedorit legat de rasă sau originea etnică, având drept scop sau efect violarea demnității unei persoane sau crearea unui mediu de intimidare, ostil, degradant, umilitor sau jignitor. În acest context, conceptul de hărțuire se poate defini în concordanță cu legislația și practicile naționale ale statelor membre.*

Conexiunea dintre cele două directive prezentate rezultă dacă extindem sfera criteriilor de nediscriminare la *criteriul cultural* având în vedere faptul că cele trei criterii – *rasa, etnia și religia* compun, *in extenso*, identitatea individuală. Prin prezentarea criteriilor discriminatorii ale religiei/convingerii respectiv ale rasei/etniei în cuprinsul unor directive separate, concluzia firească a fi aceea potrivit căreia criteriile se deosebesc între ele prin conținut și, implicit, prin înțeles astfel încât este necesară statuarea unor sisteme de protecție separate, care să fie circumscrise unor acte europene diferite. Din punctul nostru de vedere, criteriile care țin de apartenența religioasă, de opinie, etnie și rasă sunt intrinsec legate, luând în calcul următoarele argumente: (1) apartenența etnică/rasială determină, de cele mai multe ori apartenența religioasă¹; (2) apartenența etnică, rasială nu este determinată exclusiv de trăsături biologice, fizice, ci presupune, în același timp, o anumită opțiune religioasă, împărtășirea unor valori și a unor convingeri comune pentru societatea rasială/etnică în cauză; (3) elementele etnicității, rasei, religiei sau convingerilor sunt circumscrise dimensiunii culturale, aceasta din urmă nefiind completă în absența unuia dintre elementele menționate.

Literatura de specialitate² sesiza în mod corect faptul că distincția dintre religie/convingeri și rasă/etnie nu aduce schimbări esențiale în plan juridic dacă discriminarea se produce în domeniul muncii sau în domeniul ocupării forței de muncă întrucât ambele directive acoperă, în mod similare aceste domenii de aplicare. Însă, în ipoteza manifestării fenomenului discriminării într-unul dintre domeniile acoperite exclusiv de Directiva 2000/43/CE, pot apărea dificultăți în identificarea corectă a criteriului discriminatoriu deoarece, după cum am arătat anterior, religia poate fi un element definitoriu pentru o anumită comunitate etnică sau rasială iar Directiva 2000/43/CE are un domeniu de aplicare mai vast decât cel al Directivei 2000/78/CE. În acest caz, pentru a preîntâmpina eventuale suprapuneri sau lacune, susținem opinia promovată în doctrină – de a extinde domeniul de aplicare al Directivei 2000/78/CE la domeniul menționat de Directiva 2000/43/CE.

Am abordat Directiva 2000/78/CE și Directiva 2000/43/CE într-o analiză particulară deoarece, spre deosebire de celelalte directive analizate până în acest punct al lucrării, cele două aduc în prim plan elemente componente ale factorului cultural precum *religie, opinie, etnie, rasă* stabilindu-le ca și criterii discriminatorii. Textele directivelor analizate reprezintă fundamentul juridic pentru analiza jurisprudențială a conexiunii dintre gen și cultură.

○ III.5. Comentarii asupra portului vălului islamic în sistemul de drept al Uniunii Europene. Posibile scenarii de interpretare și aplicații la nivel național

Portul vălului islamic presupune o analiză complexă asupra criteriilor discriminatorii, aducând în discuție conceptul de *discriminare multiplă* întrucât acesta implică aspecte precum *sexul, rasa, etnia, apartenența religioasă*. Criteriile enumerate au fost abordate *in expresis* în conținutul directivelor studiate anterior – Directiva 2000/78/CE și Directiva 2000/43/CE iar conceptul de discriminare multiplă este amintit în partea preambulară a celor două directive ca fiind în relație directă cu genul feminin. Exemplificativ, alin. (3) din preambulul Directivei 2000/78/CE atestă: *Prin aplicarea principiului egalității, Comunitatea urmărește, conform art. 3 alin. (2) din Tratatul CE, să elimine inegalitățile și să promoveze egalitatea dintre bărbați și femei, în special dat fiind că femeile sunt adesea victime ale multiplelor discriminări*. Aceași idee este reluată în Directiva 2000/43/CE în par. 14 din preambul: *În implementarea principiului*

¹ *Exempli gratia*, în Cipru, segregarea dintre grecii ciprioți și turcii ciprioți echivalează cu segregarea religioasă dintre musulmanii ciprioți și musulmanii creștini; în Regatul Unit populația musulmană este predominant asiatică; evreii sunt încadrați, în literatura de specialitate fie ca grup etnic fie ca grup religios.

² L. Vickers, *op. cit.*, p. 35.

tratamentului egal indiferent de origine rasială sau etnică, Comunitatea, în acord cu art. 3 (2) al Tratatului CE, trebuie să vizeze eliminarea inegalităților și promovarea egalităților între bărbați și femei, ținând cont în special de faptul că femeile sunt deseori victime ale multiplelor forme de discriminare.

Cu privire la problema discriminării multiple și la implicațiile pe care acestea le aduc asupra segmentului feminin al populației, se impun două observații: (1) în analiza portului vălului islamic, considerăm că este mai cuprinzător conceptul de *discriminare inter-sectorială* prin comparație cu cel de *discriminare multiplă*; discriminarea inter-sectorială pe care am argumentat-o în secțiunea din lucrare dedicată sistemului de drept al Consiliului Europei presupune (aidoma discriminării multiple) îmbinarea mai multor criterii discriminatorii însă, spre deosebire de discriminare multiplă (înlăuntrul căreia criteriile discriminatorii se adaugă unul altuia și sunt privite în perspectivă statică) această îmbinare trebuie să fie privită în dinamica sa deoarece, perspectiva evolutivă a criteriilor avute în vedere determină un efect sinergic, care atrage consecințe mult mai extinse decât cele cauzate de discriminarea multiplă; (2) deși implementarea în textul celor două directive a conceptului discriminării multiple și conexarea discriminării femeilor cu noțiunea de discriminare multiplă reprezintă un progres în asigurarea egalității între sexe, considerăm că limita prevederilor celor două directive este regăsită în faptul că mențiuni despre discriminarea multiplă și despre modul în care discriminare multiplă afectează drepturile femeii, nu sunt ilustrate într-un articol/paragraf din directive.

Portul vălului islamic nu beneficiază de o abordare jurisprudențială autonomă la nivelul Curții de Justiție a Uniunii Europene. Din acest motiv, literatura de specialitate¹ a abordat problema portului vălului islamic în mod ipotetic, dezvoltând posibile scenarii de evoluție a interdicției portului vălului. Astfel, dacă avem în vedere modelul oferit de jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, vom aplica, inclusiv în sistemul de drept al Uniunii Europene, interdicția portului vălului islamic în instituțiile publice (fie că acestea sunt privite *stricto sensu* ca circumscrise sistemului educațional, fie că acestea sunt evaluate ca instituții-angajatoare *lato sensu*), de aici decurgând unele consecințe. În cazul în care interdicția portului vălului islamic decurge din interdicția generală a oricăror simboluri religioase, acesta este un caz de discriminare directă în funcție de criteriul apartenenței religioase stabilit prin Directiva 2000/78/CE iar temeiul juridic al oricărei plângeri formulate în privința acestui aspect trebuie căutat în art. 1 și 2 ale directivei. În altă ordine de idei, dacă interdicția portului vălului islamic decurge din impunerea obligației adoptării de către angajați a unui port neutru în instituțiile de stat, atunci suntem în prezența unui caz de discriminare indirectă în virtutea raționamentului conform căruia deși măsura impunerii unui cod vestimentar standardizat pentru angajații din cadrul instituțiilor publice ar putea echivala unei măsuri neutre, aceasta conduce la stabilirea unor dezavantaje în sarcina unor religii minoritare (în speță, cea islamică).

Odată identificate scenariile care pot conduce la cazuri de discriminare directă și indirectă prin interzicerea portului vălului islamic, analiza se re-orientează către *clauzele de justificare a discriminării* care pot fi identificate prin cercetarea textelor celor două directive.

Suntem de părere că în analiza cazurilor de discriminare directă și indirectă există două clauze justificative: (1) o clauză justificativă generală – identificată prin raportare la art. 2 par. 5 din Directiva 2000/78/CE în conformitatea căreia *prezenta directivă nu aduce atingere măsurilor prevăzute de legislația națională care, într-o societate democratică, sunt necesare pentru securitatea publică, apărarea ordinii și prevenirea infracțiunilor penale, protecția*

¹ T. Loenen, *The headscarf debate. Approaching intersection of sex, religion and race under the European Convention on Human Rights and EC equality law*, în *European Union Non-Discrimination Law. Comparative Perspectives On Multidimensional Equality Law*, Editori Dagmar Schiek și Victoria Chege, Ed. Routledge-Cavendish, Taylor and Francis Group, London and New York, 2009, pp. 320-325.

sănătății publice și protecția drepturilor și libertăților celorlalți; (2) clauze justificative speciale, care privesc exclusiv discriminarea indirectă – identificate în art. 2 alin. (2) lit. b) pct. (i) și (ii) din Directiva 2000/78/CE: (i) *această dispoziție, acest criteriu sau această practică este corect justificată de un obiectiv legitim iar mijloacele de realizare a acestui obiectiv sunt adecvate și necesare sau* (ii) *în cazul persoanelor cu un anumit handicap, angajatorul sau oricare persoană sau organizație care intră sub incidența prezentei directive, este obligat, conform legislației naționale, să ia măsurile respective conform principiilor prevăzute în art. 5 în scopul de a elimina dezavantajele care rezultă din această dispoziție, criteriu sau practică; precum și în art. 2 alin. (2) lit. b) din Directiva 2000/43/CE: (...) în afară de cazul în care acele prevederi, criterii sau practici sunt justificate obiectiv de un scop legitim iar metodele de atingere a acelui scop sunt adecvate și necesare.*

Observând clauzele de justificare a discriminării (generală și speciale) stabilite în cele două directive, similitudinea cu clauza justificativă a încălcării libertății religioase consacrată în art. 9 alin. (2) din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale este evidentă. De asemenea, este evident că dispozițiile Convenției Europene au constituit modelul pentru redactarea și implementarea clauzelor justificative ale discriminării în textele directivelor. Această evidență rezultă cu atât mai mult cu cât prin cercetarea dispozițiilor Cartei Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene care reglementează în mod direct problema discriminării (art. 21 – interzicerea generală a nediscriminării; art. 23 – egalitatea între femei și bărbați) nu stabilește excepții de la principiile nediscriminării și egalității.

Pornind de la scenariile construite în literatura de specialitate, o altă opinie doctrinară¹ a urmărit aplicarea principiilor generale extrase în urma teoretizării *in abstracto* la cauze concrete, petrecute la nivel național (în Danemarca) pentru a demonstra că instanța Uniunii Europene trebuie să interpreteze cauzele referitoare la portul vălului islamic în sensul incidenței discriminării indirecte.

În prima cauză supusă analizei², situația *de facto* se prezintă în modul următor: unei tinere aparținătoare la religia musulmană i s-a interzis să lucreze ca preparator de personal în cadrul unui departament al firmei Magasin din cauza portului său vestimentar neadecvat care era neconform cu Statutul Danez Aplicabil în Domeniul Angajărilor cu privire la problema discriminării în muncă din 1996. Femeia a formulat o acțiune în care susținea discriminarea pe criteriul religios iar Curtea de Apel Daneză a confirmat caracterul discriminatoriu al măsurii luate de angajator, motivându-și decizia prin referire la modul de formulare a prevederilor Statutului. Acestea din urmă erau deosebit de flexibile și nu statuau *in expresis* obligativitatea angajatului sau a femeii angajate de a nu purta capul acoperit.

În cea de-a doua cauză la care ne referim³, fabrica de ciocolată Toms a refuzat să angajeze o femeie musulmană sub justificarea conform căreia portul vălului islamic nu întrunește condițiile de securitate și igienă necesare în departamentul producției de ciocolată. Deși potențiala angajată a încercat să poarte vâlul sub vestimentația impusă de angajatori, acest lucru nu a fost posibil astfel încât reclamanta a formulat acțiune la Curtea de Apel Daneză susținând că a fost discriminată indirect în temeiul criteriului religios. Instanța daneză a recunoscut limita impusă asupra libertății religioase a reclamantei însă a găsit că această limitare este justificată prin apel la politica de asigurare a sănătății și securității în cadrul sistemului de producție de ciocolată. În motivația sa, instanța daneză a subliniat că în actul

¹ L. Roseberry, *Religion, ethnicity and gender in the Danish haedscarf debate*, în *European Union Non-Discrimination Law. Comparative Perspectives On Multidimensional Equality Law*, Editori Dagmar Schiek și Victoria Chege, Ed. Routledge-Cavendish, Taylor and Francis Group, London and New York, 2009, pp. 329-351.

² Cauza *Ugeskrift for Retsvasen*, 2000, cauza nr. 2350.

³ Cauza *Toms Fabrikker*, 2001, cauza nr. B-0877/00.

discriminatoriu, nu există latura intențională a angajatorului întrucât dispoziția privitoare la adoptarea unei vestimentații conformă cu politica de sănătate și securitate în muncă este aplicabilă în mod uniform tuturor angajaților (dintre aceștia 20% aparținând minorităților etnice, culturale sau religioase). Concluzia Curții a fost validată în practică, din punctul nostru de vedere, deoarece, finalmente, părțile au ajuns la o înțelegere conform căreia femeia musulmană a fost angajată sub condiția de a purta, în timpul orelor de serviciu, o vestimentație conformă cu preceptele sale religioase (acoperindu-i gâtul, umerii și fruntea) dar care, în același timp, permitea portul vestimentației care să asigure îndeplinirea politicii aferente sănătății și securității în cadrul procesului de producție.

În al treilea rând, este edificatoare acțiunea formulată împotriva magazinului Føtex de către o tânără femeie musulmană¹ pe motiv de discriminare indirectă potrivit criteriului religios în contextul în care, conducerea magazinului a concediat-o pe reclamantă după ce aceasta a început să poarte vâlul islamic în timpul orelor de serviciu, motivând acest act în sensul protecției climatului neutru de muncă. Și în această cauză, Curtea Supremă Daneză a identificat încălcarea dreptului la nediscriminare însă a argumentat că, această încălcare este justificată prin obiectivul legitim și neutru care este urmărit: acela de a asigura o interfață invariabilă din punct de vedere cultural cu clientul și, implicit, de a asigura un dialog deschis care să nu determine presiuni nejustificate ce pot fi atrase prin portul unei vestimentații cu profunde semnificații religioase. Mai mult, în motivarea sa, Curtea Supremă Daneză a arătat că, adoptarea Directivelor 2000/78/CE respectiv 2000/43/CE și stabilirea obligației de implementare a acestora la nivel național nu modifică modul de interpretare și aplicare a Statutului Danez Aplicabil în Domeniul Angajărilor cu privire la problema discriminării în muncă din 1996.

Observând cele trei cazuri extrase din jurisprudența daneză privitoare la vâlul islamic, ajungem la concluzia potrivit căreia în mod similar cu modelul jurisprudențial stabilit sub auspiciile Curții Europene a Drepturilor Omului, interzicerea portului vâlului islamic este în mod evident conexată cu justificări care poartă asupra atingerii unui obiectiv legitim și rezonabil – acesta din urmă situându-se în contextul muncii și referindu-se la politicile angajatorilor care urmăresc fie menținerea unui climat neutru la locul de muncă, fie păstrarea condițiilor de sănătate și securitate în muncă.

În altă ordine de idei, observăm că în toate cele trei cauze analizate, reclamantele au invocat discriminarea indirectă în funcție de criteriul religios, cu toate că din punctul nostru de vedere, erau la fel de întemeiate argumentele în virtutea cărora, discriminarea era pretinsă a se fi comis în temeiul criteriului *sex*, *etnie* sau *rasă*. Ne vom justifica opinia. Dacă asupra discriminării în funcție de gen ne-am oprit în secțiunile anterioare ale lucrării, arătând nevoia de a reglementa la nivelul documentelor europene oficiale (fie că acestea sunt adoptate în sistemul de drept al Consiliului Europei, fie că sunt parte integrantă din sistemul de drept al Uniunii Europene) criteriul *genului* ca și criteriu discriminatoriu mai complex și mai cuprinzător decât cel al sexului, genul fiind un construct social care reflectă implicații culturale (tiparele mentale ale indivizilor în momentul abordării rolurilor de gen) în timp ce sexul este un dat biologic referitor exclusiv la trăsăturile fizice ale individului, considerăm că analiza justificativă din rândurile care urmează trebuie să fie concentrată în jurul criteriilor *etniei* și *rasei*.

Pentru a evita confundarea celor două criterii, literatura de specialitate² a realizat o depar-tajare, arătând că atât rasa cât și etnia constituie constructe sociale, dintre cele două caracterul

¹ Cauza *Ugeskrift for Retsvasen*, 2005, cauza nr. 1256H.

² S. Dein, *Race, culture and ethnicity in minority reaserch: A critical discussion*, în *Journal of Cultural Diversity*, 2006, pp. 13-75; S. Hall, *Conclusion: The Multicultural Question*, în *Un/Settled Multiculturalisms: Diasporas, Entanglements, Transruptions*, Editor B. Hesse, Londra, p. 223.

dinamic mai pronunțat deținându-l etnia. Astfel, rasa desemnează un construct politic și social – bazat pe trăsăturile fizice ale indivizilor și care constituie argumentul pentru aplicarea dominației din partea grupurilor majoritare. Din această perspectivă, portul vălului islamic poate constitui o premisă pentru argumentarea discriminării în funcție de rasă întrucât femeile musulmane provin, în majoritate din statele asiatice și africane prezentând, în consecință, anumite particularități fizice (printre care includem vestimentația) care pot determina autoritățile majoritare să aplice o politică de dominație. Pe de altă parte, etnia este privită în dinamică, incluzând în dimensiunea sa, tradiții, origini, manifestări culturale care sunt specifice pentru membrii unei anumite comunități. În acest context, invocarea criteriului discriminatoriu al etniei este recomandat pentru abordarea problemei portului vălului islamic. Portul vălului poate fi interpretat ca o trăsătură etnică, putând fi încadrată în categoria manifestărilor culturale proprii unui anumit grup etnic.

Spre deosebire de abordarea tranșantă a problemei portului vălului islamic în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, în care interzicerea portului vălului islamic a fost statuată clar în temeiul argumentului a ceea ce este necesar într-o societate democratică, în spețele analizate în sistemul danez, situația este diferită: în prima speță, reclamanta a avut câștig de cauză, având în vedere lipsa unei prevederi legale exprese în temeiul căreia reclamantei purtătoare a vălului islamic să îi fie interzis să lucreze în departamentul de îmbrăcăminte; în cea de-a doua speță, părțile au găsit o soluție de compromis, permițându-i reclamantei portul vălului islamic atât timp cât aceasta accepta, concomitent, să poarte și obiectele vestimentare oferite de angajator pentru a respecta politica de sănătate și securitate impusă în cadrul lucrului în departamentul de producție al fabricii de ciocolată; finalmente, în ultima speță analizată, Curtea Supremă Daneză se pronunță în favoarea angajatorului, validând situația discriminatorie a angajatei musulmane purtătoare a vălului islamic prin raportare la argumentul menținerii climatului neutru la locul de muncă, și, în special, menținerii neutralității în exercitarea unui post/unei funcții care presupune lucrul cu publicul.

Este demn de menționat că spre deosebire de cauzele *Dogru*, *Dahlab* și *Şahin* – în care statele națiune au adus în discuție inclusiv simbolul represiv al vălului islamic pentru femei și promovarea subordonării segmentului feminin al populației prin apel la portul vălului islamic, cauzele analizate în Danemarca nu au subliniat posibilitatea de a privi problema vălului islamic prin apel la argumentul promovării egalității dintre sexe și al promovării imaginii femeii. În toate cele trei cauze, situațiile discriminatorii s-au produs la locul de muncă al reclamantelor iar argumentele în favoarea interzicerii portului vălului islamic au fost formulate exclusiv cu privire la aspecte economice care țin de productivitate (respectarea standardelor privitoare la igienă și securitate alimentară) sau de promovarea produselor (respectarea standardelor vestimentare neutre în exercitarea unei funcții/post care presupune interacțiunea cu publicul).

În altă ordine de idei, în cele trei cauze daneze, Curtea Supremă Daneză nu a pus în discuție ideea conform căreia însăși condiția impunerii unui cod vestimentar specific poate fi evaluată ca o discriminare indirectă împotriva femeilor (prin aceea că deși măsura codului vestimentar specific este aplicabilă uniform, afectând deopotrivă bărbați și femei, în mod concret, aceasta produce efecte negative în special asupra femeilor, respectiv asupra femeilor musulmane). În acest caz, temeiul juridic al spețelor ar fi drastic reformulat.

Ne raportăm în acest sens la decizia pronunțată de Curtea Europeană de Justiție în cauza *Bilka*¹ în care, instanța europeană a stabilit, cu privire la cazurile de discriminare indirectă faptul că angajatorii trebuie să justifice practicile sau politicile care determină situații de discriminare indirectă arătând că scopul respectivelor practici sau politici se bazează pe factori obiectivi ele nefiind, în nici o circumstanță, conexe cu discriminarea în funcție de gen/religie/rasă/etnie. Deși instanța europeană afirmă că marja de apreciere a statelor nu

¹ Cauza *Bilka Kaufhaus Gmb împotriva Weber von Hartz*, 1986, cauza nr. 170/84.

poate fi negată în evaluarea problemei portului vălului islamic, se atrage atenția că o practică/măsură utilizată la nivel național care determină discriminarea indirectă nu poate fi justificată dacă nevoia de aplicare a practicii/măsurii respective este generalizată, fără a fi explicată punctual nevoia utilizării acelei practici/măsurii pentru a atinge obiectivul considerat rezonabil. La aceasta se adaugă cerința ca angajatorul care utilizează practici și măsuri care determină discriminarea indirectă să demonstreze că acele măsuri nu sunt în legătură cu discriminarea bazată pe criteriul sex. În cauza împotriva magazinului Føtex, angajatorul nu a argumentat punctual nevoia utilizării unui cod vestimentar uniform pentru angajații care lucrează cu publicul (de exemplu, firmele competitoroare au permis femeilor musulmane portul vălului islamic cu toate că acestea lucrau în departamentele ce presupun relații cu publicul; pe de altă parte, nu au existat studii de piață, cercetări de teren sau orice alte evidențe care să demonstreze că publicul este deranjat de un anumit cod vestimentar adoptat de femeile musulmane). De asemenea, angajatorul a generalizat nevoia adoptării unei măsuri de interdicere a portului vălului islamic prin raportare la argumentul menținerii unui climat neutru la locul de muncă, fără să demonstreze particularitățile care au determinat adoptarea măsurii respective și fără să demonstreze proporționalitatea dintre măsura interdicției portului vălului islamic și obținerea unui climat neutru în muncă.

IV. Privire comparativă asupra modului de reflectare a teoriei egalității în cele două sisteme de drept la nivel european

Una dintre diferențele majore între modul în care teoria egalității este înfățișată în sistemul de drept dezvoltat sub Convenția Europeană a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale și în sistemul de drept al Uniunii Europene trebuie să fie căutată în *gradul de sistematizare al dispozițiilor privitoare la egalitate*.

În Convenția Europeană a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale observăm un grad mai ridicat de sistematizare al dispozițiilor aferente teoriei egalității, raportându-ne, în acest sens, la două norme: art. 14 din Convenție – stabilind interdicția discriminării cu privire la exercitarea drepturilor și libertăților prevăzute de Convenție și art. 1 din Protocolul 12 al Convenției care stabilește interdicția generală a discriminării. În sistemul de drept al Uniunii Europene, gradul de sistematizare al dispozițiilor în materie scade, astfel încât, regăsim dispoziții menite să asigure principiul egalității atât la nivelul legislației primare (*exempli gratia*, Tratatul privind instituirea Comunității Economice Europene, Tratatul de la Amsterdam, Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene) cât și la nivelul legislației secundare (*exempli gratia*, Directiva 79/7/CEE, Directiva 2000/78/CE, Directiva 2000/43/CE, Directiva 2006/54/CE).

În schimb, analizând latura asemănărilor între cele două sisteme de drept studiate, observăm că ambele au în vedere interdicția discriminării directe, a discriminării indirecte și promovarea acțiunilor pozitive pentru combaterea inegalităților înrădăcinate istoric, prin apel la tipare comportamentale specifice.

Pentru a menține echitatea în comparație, dacă ne raportăm la modul în care dispozițiile privitoare la egalitate sunt ilustrate în Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, reținem două prevederi fundamentale: cea înscrisă în art. 21 sub titlul *nediscriminarea* și cea înscrisă în art. 23 sub denumirea *egalitatea între bărbați și femei*.

Luând spre analiză textele art. 14 din Convenția Europeană și art. 1 din Protocolul 12 la Convenția Europeană, respectiv textele art. 21 și 23 din Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, unele comentarii se impun.

În primul rând, lista criteriilor discriminatorii menționate în articolele citate este deschisă în sistemul de drept al Consiliului Europei; în acest sens, atât art. 14 al Convenției cât și art. 1

din Protocolul 12 al Convenției mențin formula *orice altă situație* ca și criteriu discriminatoriu. Dacă ne raportăm la art. 21 din Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, lista criteriilor discriminatorii enumerate este închisă, neexistând o formulare finală care să ilustreze caracterul deschis al enumerării. Observăm că în rândul criteriilor de discriminare enumerate, există posibilitatea de a interpreta extensiv criteriul discriminatoriu al opiniei politice, în text fiind realizată mențiunea *opinii politice sau de altă natură*. Cu toate acestea, expresia *sau de altă natură* nu este suficientă pentru a oferi caracter deschis listei criteriilor discriminatorii enumerate în art. 21 din Cartă. Din punctul nostru de vedere, expresia *sau de altă natură* trebuie să fie interpretată în contextul în care a fost exprimată, referindu-se la criteriul discriminatoriu al *opiniilor individului*.

În al doilea rând, am remarcat că pe lista criteriilor discriminatorii propusă de ambele sisteme de drept, criteriul *sexului* este primul menționat, aspect care denotă preocuparea autorităților Consiliului Europei și ale Uniunii Europene pentru asigurarea egalității între sexe. Reiterăm și în acest punct al lucrării noastre ideea susținută și în secțiunile anterioare ale lucrării, conform căreia înlocuirea criteriului sexului cu cel al genului se impune pentru a sigura o protecție sporită drepturilor femeii și pentru a integra factorul *cultură* în analiza drepturilor femeii. Argumentul central pe care îl aducem pentru a susține ideea menționată se referă la distincția dintre *sex* – ca și dat biologic și *gen* – construct socio-cultural care dictează identitatea și individualitatea ființei umane. În consacrarea juridică a nediscriminării în funcție de gen punctul de plecare l-a constituit teoria egalității substanțiale, întemeiată pe dreptul de a fi diferit. Calificarea unor trăsături de caracter precum emoționalitate, fragilitate, devotament ca aparținând segmentului feminin al populației a constituit sursa a multiple discriminări asupra femeilor iar acest proces a fost rezultatul unui construct social, al unor practici sociale și nu rezultatul datului biologic al sexului. Luând în considerare nediscriminarea în funcție de sex și asigurarea egalității între bărbați și femei, observăm la nivelul Cartei Drepturilor Fundamentale un progres față de prevederile Convenției Europene întrucât în conținutul acesteia din urmă nu întâlnim *in expresis* consacrată egalitatea între sexe în timp ce egalitatea între bărbați și femei este expres menționată în cuprinsul art. 23 din Cartă. Este demn de observat că în Carta Drepturilor Fundamentale, principiul egalității dintre bărbați și femei este asigurat *în toate domeniile*, astfel încât documentul european depășește contextul muncii și remunerării care era amintit în legislația primară și secundară pentru promovarea principiului egalității.

În al treilea rând, este interesant de remarcat faptul că în Titlul al III-lea (Egalitatea) al Cartei Drepturilor Fundamentale în art. 20 este menționat expres *principiul egalității în fața legii* – principiu care din motive politice nu a fost menționat în cuprinsul Convenției Europene. Articolul 20 este formulat într-un mod care să asigure vocație generală egalității în fața legii, asigurând egalitatea în fața legii tuturor *persoanelor* indiferent de calitatea acestora de cetățeni, străini, apatrizi, etc.

În altă ordine de idei, se cuvine să subliniem progresul pe care îl aduce art. 22 în cadrul teoriei egalității. Potrivit articolului din Cartă, *Uniunea respectă diversitatea culturală, religioasă și lingvistică*. Din punctul nostru de vedere, plasarea conținutului art. 22 în Titlul al III-lea al Cartei Drepturilor Fundamentale denumit Egalitatea, vine să sublinieze egalitatea persoanelor independent de identitatea culturală, religioasă și lingvistică pe care acestea și-o însușesc. Din acest punct de vedere, Carta Drepturilor Fundamentale constituie un progres față de Convenția Europeană a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale. Convenția Europeană nu menționează în art. 14 și nici în art. 1 din Protocolul 12 egalitatea indivizilor independent de identitatea culturală, religioasă sau lingvistică. Într-adevăr, menționarea libertății religioase în art. 9 din Convenția Europeană permite includerea factorului religios în dimensiunea nediscriminării întrucât art. 14 este dependent de drepturile și libertățile conținute în Convenția Europeană, egalitatea fiind asigurată în legătura cu exercitarea drepturilor și libertăților cuprinse în Convenție. Ampla reglementare de care se bucură libertatea religioasă în art. 9 par.

1 al Convenției este cauza unor implicații analitice multiple la nivel jurisprudențial întrucât permite ca factorul religios să fie evaluat ca și criteriu discriminatoriu. Orientativ, aceste probleme pot fi ilustrate extensiv: de la problema neutralității statale, la marja de apreciere a statelor, la perspectiva corectă de abordare a tensiunii dintre garantarea pluralismului religios ca și consecință a libertății religioase și protecția intereselor statale.

În schimb, Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene aduce în discuție egalitatea în ceea ce privește identitatea lingvistică și culturală – aspecte nemenționate în mod expres în textul Convenției Europene deși sunt posibil a fi deduse din prevederile sale. Ne interesează în mod deosebit proclamarea *in expresis* în cadrul art. 22 a *diversității culturale* care prefigurează, în opinia noastră, *dreptul la identitate culturală* – drept care, în sistemul Convenției Europene a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale, nu este menționat *in expresis* deși, după cum deja am precizat, poate fi dedus din coroborarea prevederilor art. 8 – dreptul la viață privată și cele ale art. 9 – libertatea de gândire, conștiință și religie.

De asemenea, reținem că spre deosebire de art. 9 din Convenția Europeană care menționează în par. 2 limitele libertății religioase, art. 22 din Carta Drepturilor Fundamentale nu menționează nici o limitare a diversității culturale, religioase și lingvistice.

Abordarea jurisprudențială a celor două elemente care interesează lucrarea noastră – genul și cultura – comportă trăsături diferite la nivelul celor două sisteme de drept. După cum am arătat într-o secțiune distinctă, în cele trei spețe în care elementul central era portul vălului islamic (*Dogru, Dahlab și Şahin*), Curtea Europeană a achiesat la punctul de vedere exprimat de instanțele naționale – acela de a interzice portul vălului islamic din considerente necesare unei societăți democratice. Dintre acestea din urmă, cele mai elocvente pentru dezbatere erau *menținerea unui climat neutru în instituțiile publice și promovarea egalității între sexe*. În momentul analizei privind tratamentul jurisprudențial al celor trei cauze, am subliniat ideea conform căreia obiectivul menținerii unui climat neutru în instituțiile publice trebuie să fie înțeles în asociere cu principiul asigurării pluralismului religios – acesta din urmă fiind el însuși o cerință pentru menținerea unei societăți democratice. Opinăm că atât timp cât elemente precum siguranța națională, ordinea publică, sănătatea publică sau morala nu sunt încălcate prin portul vălului islamic, atunci acesta trebuie să fie acceptat pentru a da expresie pluralismului religios și libertății religioase.

În ceea ce privește argumentul interdicției portului vălului islamic pe motivul promovării egalității între sexe, suntem de părere că acesta este neîntemeiat. Interdicția vălului islamic din considerente care vizează obținerea egalității între sexe determină, în mod paradoxal, promovarea unui statut inferior pentru femei atât timp cât există situații în care portul vălului islamic se realizează în virtutea libertății de voință a femeilor. Reclamantele din spețele evocate dețin un statut socio-profesional (cadru didactic, eleve/studente) care indică un grad ridicat de inteligență/pregătire profesională – acesta constituind premisele unei opțiuni asumate în favoarea portului vălului islamic. Contra-argumentul potrivit căruia populația feminină care optează pentru portul vălului islamic prezintă, în realitate, o opțiune indusă de comunitatea în care trăiește, face trimitere la *argumentul falsei conștiințe*. Deși recunoaștem că există posibilitatea ca argumentul falsei conștiințe să determine opțiunea segmentului feminin al populației pentru portul vălului islamic, nu suntem de părere că acesta poate fi generalizat astfel încât să constituie fundamentul interzicerii portului vălului prin mecanisme statale specifice.

Literatura de specialitate¹ explică argumentul falsei conștiințe prin apel la un mecanism complex în conformitatea căruia, grupul subordonat își însușește, în urma presiunii din partea grupului dominant, valorile diseminate înăuntrul ideologiei dominante. Deși membrii grupului

¹ C.A. MacKinnon, *Towards a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge, 1989, p. 117; K. Abrams, *Ideology and women's choices*, Georgia Law Review, pp. 760-800.

subordonat (în spețele citate, grupul subordonat este alcătuit din femeile musulmane care suferă presiuni din partea unor membri ai comunității de origine pentru portul vălului islamic) percep alegerile pe care le fac precum libere, totuși, acestea sunt produsul presiunilor sociale exercitate de autoritățile decidente din cadrul comunității.

La nivelul sistemului de drept al Uniunii Europene, nu a fost dezvoltată jurisprudență în privința portului vălului islamic. Cu toate acestea, într-o secțiune dedicată exclusiv acestui subiect, am analizat posibilitățile de abordare a problemei prin intermediul Directivei 2000/78/CE, și a Directivei 2000/43/CE. Ambele directive menționează, în partea preambulară, că femeile riscă să fie supuse unui tip de discriminare specific, de natură multidimensională. Adicional criteriului sex – care poate fi invocat în temeiul legislației primare și a legislației secundare, cele două directive oferă posibilitatea femeilor musulmane cărora li s-a interzis portul vălului islamic să invoce inclusiv criteriul religios (Directiva 2000/78/CE), respectiv să invoce criteriul rasei sau etniei (Directiva 2000/43/CE). Ambele directive acoperă ipoteza discriminării în muncă, în timp ce, în ipoteza discriminării în plan educațional (respectiv, în ipoteza în care sunt discriminate eleve/studente), temeiul legal aplicabil va fi oferit de Directiva 2000/43/CE.

Aderarea Uniunii Europene la Convenția Europeană a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale – posibilă prin intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona¹, demonstrează, din punctul nostru de vedere, prioritatea prevederilor Convenției Europene în ipoteza unui conflict de drepturi. În acest sens, ne raportăm la dispozițiile art. 52 alin. (3) din Cartă: *În măsura în care prezenta cartă conține drepturi ce corespund unor drepturi garantate prin Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, înțelesul și înținderea lor sunt aceleași ca și cele prevăzute de convenția menționată. Această dispoziție nu împiedică dreptul Uniunii să confere o protecție mai largă.* De asemenea, din interpretarea prevederilor citate, rezultă că standardul de protecție oferit de Convenția Europeană reprezintă ceea ce trebuie să fie respectat la nivel minimal, sistemul de drept al Uniunii Europene fiind îndrituit să extindă limitele aplicării acestei protecții.

Convenția de la Istanbul – ca element de noutate juridică, perfecționează sistemul de drept în domeniul drepturilor omului și, în particular, oferă o abordare juridică implicită raportului dintre cultură și drepturile femeilor. Limita juridică referitoare la nerecunoașterea, în mod expres, a *genului* ca și criteriul discriminatoriu a fost depășită prin prevederile art. 3 din Convenție. Acesta din urmă clarifică, în mod cuprinzător, noțiunile *gen* și *violență de gen împotriva femeilor*. Mai mult, conform prevederilor art. 6 – *Politici sensibile la dimensiunea gen*, este impusă obligația statelor părți la Convenție de a lua în considerare dimensiunea genului în evaluarea impactului prevederilor Convenției și în implementarea efectivă a acestora. Factorul cultural nu este reglementat în mod expres însă, spre deosebire de Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene și de Convenția Europeană a Drepturilor Omului, Convenția de la Istanbul abordează în mod direct practicile dăunătoare femeilor transmise și perpetuate pe cale culturală. În consecință, Convenția de la Istanbul reglementează căsătoriile forțate (art. 37), mutilarea genitală a femeilor (art. 38). De asemenea, modificarea juridică esențială stabilită în Convenția de la Istanbul rezidă, în opinia noastră, în tranșarea clivajului cultură-drepturile femeilor în favoarea celor din urmă. În acest sens, art. 42 alin. (1) menționează în mod expres că actele de violență care intră sub incidența Convenției nu vor fi justificate de cultură, obicei, religie, tradiție.

Modelul juridic stabilit de Convenția de la Istanbul nu își limitează efectele la sistemul de drept al Consiliului Europei, deși acest instrument legal a fost adoptat sub egida Consiliului. Articolul 75 deschide Convenția spre a fi semnată inclusiv de Uniunea Europeană, asigurând astfel coerența între cele două sisteme de drept.

¹ Conform art. 6 alin. (2) din Tratatul Privind Funcționarea Uniunii Europene. De reținut că prin Avizul Curții de Justiție a Uniunii Europene nr. 2/13 din 18 decembrie 2014 s-a precizat că aderarea Uniunii Europene la Convenția europeană a drepturilor omului nu este compatibilă cu dreptul UE.

Drepturile femeii în sistemul inter-american de drept. Relevarea influențelor culturale

I. Concepte culturale relevante pentru construirea rolurilor de gen în sistemul inter-american de protecție a drepturilor omului¹

○ I.1. Modelul marianismului sau despre idealul feminin în sistemul inter-american de drept

Marianismul se aseamănă cu mariologia prin promovarea unui prototip feminin care se remarcă prin bunătate, supunere, spirit de sacrificiu, devotament, înțelegere, toleranță, puritate spirituală și trupească, însă cele două concepte se separă prin finalitatea urmărită. Mariologia o evocă pe Fecioara Maria – Mama lui Iisus care îndeplinește un rol esențial în împlinirea menirii lui Iisus, contribuind astfel la salvarea umanității și primind în schimb adorare din partea muritorilor. Pe de altă parte, marianismul descrie o contemplare adusă femeii concrete care, deși își angajează viața și spiritualitatea în misiunea împlinirii binelui familiei și al comunității, nu obține în schimb recunoaștere, admirație sau respect.

Marianismul are ca și concept central maternitatea întrucât suferința îndelungată experimentată de femeia latină este destinată ocrotirii fiilor și asigurării capacității regeneratoare a vieții. Prototipul femeii latine este acela al ființei feminine care regenerează viața și o protejează asigurând echilibrul universului. Deși se bucură de coordonatele generale ale modestiei, smereniei, purității, femeia reprezentantă a marianismului își ilustrează constructul genului în multiple ipostaze. Din acest punct de vedere, literatura de specialitate² demonstrează că marianismul – ca perspectivă de construcție a genului feminin – poate fi ipostaziat în cultul Fecioarei din Guadalupe-simbol al feminității latine prezente în America Centrală (Mexic) și în America de Sud.

Dacă ne raportăm la Fecioara din Urkupiña, marianismul dobândește o nouă însemnătate – de natură duală și antagonică. Constructul genului feminin nu mai rezidă esențialmente în puterea de sacrificiu și de protecție a femeii latine; există o extensie negativă a imaginii feminine care merită să fie evaluată. În consecință, Fecioara din Urkupiña are calitatea de a fi răbdătoare în suferința personală însă, adițional acesteia, deține puteri justițiare fiind capabilă să returneze autorității masculine retribuția pentru suferința feminină. Explicația oferită nu ipostaziază femeia latină în mod necesar în tiparul unei dualități care admite contrastele binelui și răului; mai degrabă, această ipostaziere a marianismului vine să articuleze o nouă dimensiune de gen în care rolului pasiv, tolerant și înțelegător al femeii se adaugă un rol activ – acela al justițiarei care devine stăpână a propriului destin hotărând să pedepsească autoritatea masculină care îi încalcă principiile și dorește să o mențină într-o stare de subordonare³.

¹ Pentru detalii suplimentare referitoare la conceptele utilizate în prezenta secțiune a lucrării și la relațiile stabilite între acestea, a se consulta M.B. Berna, *Gender violence within the Inter-American system of human rights protection*, articol publicat în revista Logos Universality Mentality Education Novelty, ISSN 2284-5992, 2015, Volume III, Issue 1, pp. 49-65.

² A. Moisés, *op. cit.*, p. 47.

³ Pentru mai multe detalii, a se consulta S. Derks, *op. cit.*, p. 3.

Standardele moralei, virtuții, iubirii, devotamentului, supunerii sunt regăsite și în dogma catolică în cultul venerării Fecioarei Maria sub denumirea de *mariologie*. În cazul marianismului, standardele evocate anterior se regăsesc însă, fiind introdus factorul uman, acestea capătă noi dimensiuni. În consecință, supunerea există însă standardul său poate fi înlocuit cu cel al răzbunării și al înfăptuirii justiției în raporturile de gen dacă autoritatea masculină este abuzivă (*exempli gratia* cazul Fecioarei din Urkupiña). În rândurile de mai sus am urmărit să demonstrăm că marianismul dobândește diferite ipostazieri însă, în esență, prescrie, sub o formă umanizată și deci flexibilă și failibilă, calitățile solicitate genului feminin.

○ I.2. Fenomenul *Las Madres de la Plaza de Mayo* și modificarea modelului inițial al marianismului

Marianismul așază în centrul semnificației sale maternitatea și valorile atașate acesteia precum devotament și sacrificiu. Semnificația primordială a maternității este asociată planului familial în care figura feminină este dominantă, plan care se opune celui public, destinat masculinității și manifestărilor derivate din acesta (*machismo*). În prezenta secțiune a lucrării noastre ne propunem să abordăm fenomenul *Las Madres de la Plaza de Mayo* cu finalitatea de a demonstra o ipostaziere inedită a maternității sub coordonatele marianismului – și anume ipostaza conform căreia calitățile spirituale feminine care sunt circumscrise maternității depășesc limitele spațiului privat, transformându-se în reale manifestări publice apte să galvanizeze masele. Din punctul nostru de vedere, fenomenul *Las Madres de la Plaza de Mayo* este expresia modificării paradigmei culturale inter-americane prin intermediul căreia este conceptualizată imaginea femeii: în contextul dat (dispariții forțate, răpiri, arestări abuzive ale membrilor de familie), este conștientizată nevoia de a asocia prerogativele feminine cu spațiul public și de a celebra prerogativele feminine în spațiul public. În cuvintele Cynthiei Bejarano¹, prin manifestarea din Piața de Mayo a fost demonstrată teoria conform căreia atributele materne nu trebuie să fie limitate la spațiul privat și la creșterea copiilor, ele putând fi exercitate în scopul protecției drepturilor omului și a combaterii abuzurilor comise de guvernanți.

În mod concret, manifestarea din Piața de Mayo marchează o nouă conceptualizare a maternității caracterizată prin activism. În perioada 1976-1983, în Argentina se instituie junta militară (dictatura militară) ca sistem de guvernare care practică arestările abuzive și, urmare a acestora, disparițiile celor arestați nelegal. Arestările abuzive și disparițiile forțate se îndreptau împotriva opozanților regimului care promovau doctrina de stânga, fiind vizați în același timp și presupușii simpatizanți ai disidenților. Cu toate că situații similare erau întâlnite în Brazilia sau Chile, în Argentina, starea politică va aduce cele mai grave încălcări ale drepturilor omului, în perioada menționată fiind răpiți peste 30.000 de bărbați dintre care 500 copii și nou-născuți. În acest context, protestul femeilor (mame, bunici, soții, rude de gen feminin ale celor dispăruți) a dobândit dimensiuni simbolice, desfășurându-se în Plaza de Mayo – sediul guvernării din Buenos Aires, femeile purtând capetele acoperite cu eșarfe albe – acestea simbolizând inocența copiilor pierduți². Prin acțiunile lor, femeile din Piața de Mayo s-au plasat deasupra acțiunilor abuzive ale oficialilor argentinieni, devenind activiste pentru dreptate și pentru promovarea și respectarea drepturilor omului. Suntem de părere că

¹ C. Bejarano, *Las Super Madres De Latino America: Transforming Motherhood by Challenging Violence in Mexico, Argentina, and El Salvador*, *Frontiers – A Journal of Women's Studies*, Volume 23, 2002, p. 126.

² Pentru detalii suplimentare, a se consulta C. Sardenberg, *Negotiating Culture in the Promotion of Gender Equality and Women's Empowerment in Latin America*, Institute of Development Studies, Working Paper, nr. 407, 2012, pp. 1-44.

protestul din Piața de Mayo a convertit valorile altruismului și devotamentului – care în mod original se cuveneau femeilor și erau demonstrate exclusiv în spațiul privat – transgresându-le în sfera publică.

Transgresiunea acțiunilor feminine din sfera privată în cea publică echivalează, în opinia noastră, cu recalibrarea forțelor activiste în spațiul public. Femeile din Piața de Mayo au redefinit tiparul marianismului clasic prin acceptarea și diseminarea unor calități care, în mod natural corespundeau, în sistemul inter-american de drept, modelului masculin: voință, curaj, activism. Mesajul subliminal transmis de protestatare poate fi sintetizat în ideea conform căreia maternitatea implică o complexitate de atribuții existente în stare latentă în conținutul său iar dintre aceste atribute esențialul este încifrat în implicarea activă în modificarea acțiunilor injuste ale guvernării cu finalitatea ca viitoarele generații să conviețuiască într-un spațiu în care premisele respectării drepturilor omului la nivel etatic sunt asigurate. Activitățile activismului matern nu au fost rezumate la exercitarea de presiuni asupra autorităților (deși această categorie de activități a reprezentat cea mai mare pondere). În consecință, dimensiunea socială a devenit un reper în acțiunile mamelor din Piața de Mayo constituind un bun prilej pentru analizarea situației și planificarea strategiilor de intervenție viitoare. Substratul social al acțiunilor protestatarelor a generat efectul solidarității umane în fața abuzurilor oficialilor și l-a agregat acțiunii politice. Activitățile mamelor din Piața de Mayo nu s-au oprit odată cu încetarea regimului juntei militare iar protestul din Piața de Mayo a fost catalizatorul politic al următoarelor acțiuni derivate: (1) solicitările femeilor argentinienne pentru recunoașterea publică a responsabilității femeilor în întreținerea economică a familiei (solicitări apărute pe fondul crizei economice argentinienne din perioada 2001-2003), (2) solicitările femeilor pentru implicarea activă în combaterea guvernării nedrepte (fenomenul a fost dezvoltat în Nicaragua sub denumirea *maternitate combativă*), (3) solicitările femeilor pentru îmbunătățirea accesului la programele de pregătire academică¹.

În sinteză, relevanța fenomenului din Piața de Mayo este indeniabilă deoarece izvorăște dintr-o necesitate practică de modificare a tiparelor stabilite sub conceptul tradiționalist al marianismului potrivit căruia dăruirea maternă este un dat biologic al femeilor care trebuie restricționat climatului privat întrucât nu poate impacta sfera publică. Protestul femeilor din Piața de Mayo a devenit un instrument care îmbină grija maternă cu activismul în favoarea drepturilor omului, stabilind coordonate pe care se vor dezvolta politici în domeniul drepturilor femeii.

○ I.3. *Machismul sau dialectica marianismului în sistemul inter-american de drept*

Machismul desemnează totalitatea trăsăturilor comportamentale definitorii pentru masculinitate precum autoritatea, puterea decizională și de reacție, egoismul, individualismul și competitivitatea. *Machismul* se constituie în opoziție cu valorile marianismului, fiind un construct cultural care ființează prin negarea și de-construcția modelului cultural feminin.

Fiind stăpâna mediului familial, femeia este cea mai potrivită a fi depozitara valorilor morale, a demnității și a superiorității spirituale; în schimb, pentru a-și afirma natura și esența, masculinul se vede nevoit să se desprindă de spațiul familial și să plonjeze în necunoscut, în viața publică – spațiu în care normele morale și spirituale sunt estompate iar reușita depinde de puterea de negociere și de abilitatea de a eluda normele moralității într-un mod ne-evident².

¹ C. Sardenberg, *op. cit.*, pp. 1-44.

² Pentru mai multe detalii, a se consulta N. Fuller, *En Torno A La Polaridad Marianismo-Machismo*, capitol publicat în lucrarea *Genero e Identidad, Tercera Parte, Sujetos sexuados, modernidad y cultura en América Latina*, pp. 242-264.

În relațiile de familie, machismul propune o figură paternă confuză care, de principiu este absentă și lipsește din interacțiunea afectivă cu membrii familiei. Aceasta este și justificarea percepției formate în copilărie conform căreia femeia este o ființă capabilă să îndeplinească rolul mamei dedicate în timp ce bărbatul este o figură absentă, incapabilă să stabilească relații de afectivitate cu membrii familiei însă o ființă care excelează în relațiile de autoritate, în temeiul căreia ordinele sunt formulate unilateral de autoritatea masculină și trebuie să fie îndeplinite de femei și de ceilalți membri ai familiei de gen masculin care nu au autoritatea paternă.

Absența unei figuri paterne bine conturate la nivel familial este factorul principal care determină multiplicarea comportamentelor machiste bazate de autoritate, abuz, iresponsabilitate și imaturitate. Copiii de gen masculin observă relațiile de familie bazate pe rolul și implicațiile esențiale pe care mama și le asumă, tatăl fiind, de cele mai multe ori absent iar, în momentul în care își face simțită prezența în familie și comunitate, comportamentul său este însoțit de manifestări abuzive. Dorind să își clădească propria identitate prin imitare, copiii de gen masculin se raportează la imaginea paternă confuză dată de tatăl absent și încep un proces complex al devenirii bazat pe îndepărtarea de modelul mamei și apropierea de comportamentele masculine prezentate în viața publică precum lipsa de respect pentru norme, imoralitatea, lipsa de spiritualitate, îndepărtarea de segmentul feminin și tendințele de dominare ale acestuia. Este sigur să afirmăm că deși absent din viața de familie, bărbatul din sistemul inter-american este fidel unui tipar comportamental al machismului care generează machism.

○ I.4. *Femicidul – consecință a interacțiunii modelelor culturale ale marianismului și machismului*

Marianismul și machismul sunt concepte duale aflate într-o relație de complementaritate. În latura sa pozitivă care descrie protecția pe care bărbatul latin este dator să o arate femeii, machismului îi corespunde forma marianismului în virtutea căreia femeia trebuie să manifeste supunere, devotament și renunțare de sine în relație cu autoritatea masculină. Este de la sine de înțeles că în măsura în care atitudinea masculină descrisă de machismo este aceea a ocrotirii femeilor, acestea din urmă vor răspunde cu o formă de marianism menită să susțină manifestările protective ale partenerilor. În latura sa negativă – abuzivă și autoritară, machismului îi corespunde o formă complexă a marianismului – menită să atenueze comportamentul dificil al partenerilor masculini însă, în egală măsură, apt să asigure auto-protecția. În consecință, în fața comportamentului masculin abuziv definit prin termenul machismo, atitudinea feminină rămâne, ca regulă generală, definită prin submisiune și devotament – atitudine specifică marianismului. Pe cale de excepție, în urma unor abuzuri frecvente din partea segmentului masculin care cresc în intensitate, atitudinea feminină poate fi modificată în sensul căutării răzbunării, înfăptuirii justiției și recalibrării forțelor de gen.

Consecința interacțiunii dintre valorile circumscrise fiecăruia dintre modelele culturale analizate rezidă în fenomenul *femicidului*. Acesta din urmă poate fi definit pe coordonatele *relațiilor inegale de putere dintre bărbați și femei manifestate în sectorul public și în sectorul privat*. Așadar, femicidul constituie o formă de violență extremă îndreptată împotriva femeilor în temeiul subordonării acestora de către bărbați prin apel la mijloace de sorginte culturală. Consecința manifestării femicidului rezidă în *moartea femeii cauzată de inabilitatea bărbatului de a-și exercita asupra acesteia calitățile derivate din machismo – aspect care se transpune în imposibilitatea (economică, spirituală sau socială) a bărbatului de a exercita controlul și dominarea asupra femeii*. Atragem atenția asupra faptului că dacă în planul public, subordonarea femeilor poate fi explicată prin concentrarea forțelor economice de către autoritatea

masculină, modul de concepere al relaționării în mediul privat este esențialmente eronat și constituie un pretext real pentru proliferarea femicidului. Relațiile din mediul privat concepute în tiparele marianismului și machismului sunt disfuncționale întrucât determină proliferarea unui tipar mental și cultural menit să afirme discriminarea genului feminin.

Deși nu constituie obiectivul nostru științific să evaluăm climatul social existent în statele din America Centrală și America Latină care a declanșat conștientizarea procesului de promovare a drepturilor omului la nivel regional, considerăm că unele mențiuni trebuie să fie realizate pentru o mai bună înțelegere a factorilor care au potențat apariția și menținerea fenomenului femicidului.

În timp ce Europa suferea reformularea politicilor statelor națiune urmare a consecințelor celui de-al doilea Război Mondial și al trezirii conștiinței în sensul ocrotirii drepturilor omului și a afirmării demnității umane, America Latină a fost dominată de regimuri militare care infirmiau doctrina drepturilor omului și stabileau veritabile dictaturi, distincte de dictaturile civile prin modul de accedere la putere și prin modul de organizare al propriilor instituții. Dictaturile militare – cunoscute și sub denumirea de *junte militare*, se caracterizează prin prescrierea unei poziții oficiale neutre, menită să asigure conexiunea între cererile societății civile și conducerea pe care acestea o oferă. Fiind remarcate în Uruguay (1973-1985) sau în Chile (1973-1990), juntele militare se autoproclamă superioare ca forme de conducere în fața organizațiilor civile de guvernare declarând ca obiectiv final salvarea poporului. Istoricul conflictelor armate și a agresiunilor a favorizat instaurarea unor democrații fragile în America Centrală și America de Sud care reprezentau regimuri de guvernare tolerante față de fenomenul femicidului¹.

II. Particularități ale sistemului inter-american de drept. Implicații asupra drepturilor femeii

○ II. 1. *Organizația Statelor Americane – primul pilon în construirea sistemului inter-american de protecție a drepturilor omului*

Sistemul inter-american de protecție a drepturilor omului manifestă o agendă *suis generis* în materie care este sprijinită de mecanismele caracteristice care și-au luat angajamente în sensul împlinirii obiectivelor stabilite de acest sistem regional. Organizația Statelor Americane constituie acea entitate interguvernamentală, regională care reprezintă la nivel inter-american punctul de plecare în construcția mecanismelor dedicate protecției drepturilor omului la acest nivel.

Realizarea unei organizații la nivel regional sub egida căreia să fie adoptate documente legale obligatorii în materia protecției drepturilor omului a presupus un proces intensiv, de durată și deosebit de complex. Având în vedere o temeinică explicitare a apariției și a rolului Organizației Statelor Americane, considerăm necesară sublinierea direcțiilor diplomatice existente între Statele Unite ale Americii și statele din America Latină anterior înființării organizației în cauză.

Proiectul unui sistem regional inter-american de protecție a drepturilor omului s-a cristalizat pe fondul unei stări de confuzie ideologică în care erau în opoziție două doctrine, respectiv cea internațională – care urmărea consolidarea protecției drepturilor omului și cea regională (de la nivelul Americilor) – care miza pe non-intervenționismul în afacerile interne ale statului și pe promovarea doctrinei bunei vecinătăți. Doctrina non intervenționismului în

¹ A. Carcedo, *op. cit.*

afacerile interne ale statului și doctrina bunei vecinătăți erau coordonate esențiale ale sistemului inter-american care rezultau din nevoia de a contracara manifestările intervenționiste ale Statelor Unite ale Americii în agenda statelor din America Latină. Având prezente aceste aspecte, putem afirma că stabilirea Organizației Statelor Americane a desemnat un demers dificil care a cunoscut împlinirea în timp, în funcție de atingerea obiectivelor fixate de Conferințele organizate la nivel regional¹.

Prima Conferință Internațională a Statelor Americane a avut loc la Washington, în perioada octombrie 1889 – aprilie 1890 și a fost inițiată de Statele Unite ale Americii. Conferința a stabilit Uniunea Internațională a Republicilor Americane care s-a transformat în 1910 în Uniunea Pan-Americană pentru ca ulterior să evolueze în Secretariatul General al Organizației Statelor Americane astfel cum aceasta este cunoscută în prezent².

Începând cu cea de-a treia Conferință Pan Americană în 1906, a fost consolidată preocuparea în materia respectării drepturilor omului astfel încât cu această ocazie a fost adoptată *Convenția Pentru Stabilirea Statutului Cetățenilor Naturalizați care doresc să își stabilească din nou reședința în statul lor de origine*.

În cadrul celei de-a șasea Conferințe Internaționale a Statelor Americane ținută în Havana în 1928 a fost aprobată *Convenția cu privire la Statutul Străinilor și Convenția cu privire la Dreptul la Azil*. După momentul 1933 orientările conferințelor organizate de statele americane au fost modificate pe fondul clarificării obiectivelor de politică diplomatică lansate de Statele Unite ale Americii. Pe fondul nemulțumirilor statelor din America Latină ca urmare a intervenționismului din ce în ce mai pronunțat al Statelor Unite ale Americii, Președintele Franklin Roosevelt a declarat că intervenționismul nu va mai constitui un principiu operativ al diplomației Statelor Unite în regiune.

Anul 1933 marchează, prin declarația lui Franklin Roosevelt, o nouă etapă în direcțiile declarate la nivel inter-american pentru îmbunătățirea politicilor de protecție a drepturilor omului. Această re-orientare a dobândit fundament în cadrul celei de-a șaptea Conferințe Internaționale a Statelor Americane desfășurată în 1934 care a permis ratificarea de către Statele Unite Ale Americii și statele din America Latină a *Convenției cu privire la Drepturile și Obligațiile Statelor și a Convențiilor referitoare la politica de azil și politica de extrădare*.

În 1938, statele americane s-au reunit în Lima adoptând două rezoluții referitoare la libertatea de asociere și libertatea de exprimare a lucrătorilor, subliniind astfel preocupările regionale în materia drepturilor omului³.

Conferința Inter-Americană de la Chapultepec a marcat întoarcerea sistemului inter-american către problematicile protecției drepturilor omului fiind menționată cu această ocazie ideea conform căreia *protecția internațională a drepturilor omului va elimina politica statală eronată de protecție a cetățenilor care se află în străinătate și care a constituit sursa principalelor violări ale principiului non-intervenției și ale principiului egalității între naționali și străini*⁴. Principiul non-intervenției a fost oficializat prin înscrierea sa într-un document legal adoptat cu ocazia celei de-a noua Conferințe Internaționale a Statelor Americane ținută în Bogota în 1948, document legal care a consfințit și crearea Organizației Statelor Americane – ca entitate independentă la nivel regional care urmărea să asigure un forum de discuții și de

¹ R.K. Goldman, *History and Action: the Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights*, Human Rights Quarterly, Volume 31, Johns Hopkins University Press, 2009, pp. 857-859.

² S. Lyons, *The Universal Declaration of Human Rights and the American Convention on Human Rights: Comparing Origins, Manifestations and Aspirations*, Master Thesis for the LL.M Program Department of Law University of Gothenburg School of Business, Economics and Law, p. 29.

³ Pentru mai multe detalii, a se consulta R.K. Goldman, *op. cit.*, p. 858.

⁴ Resolution XL, in *Report of the Delegation of the United States of America to the Inter-American Conference on Problems of War and Peace*, 1946.

decizie în materia problemelor presante care apar la nivel regional și care vizează aspecte ce țin de pacea și securitatea în regiune.

Crearea *Organizației Statelor Americane* nu a fost întreprinsă sub egida protecției drepturilor omului (cu toate că și acesta constituia un obiectiv declarat al Organizației) ci a răspuns mai degrabă problemei lipsei de coeziune existentă la nivel regional între statele Americilor. În mod surprinzător, preocuparea pentru drepturile omului a primat în activitatea Organizației Statelor Americane fiind precizată încă din preambulul Cartei ideea conform căreia adevăratul sentiment de solidaritate la nivel american trebuie să fie tradus prin politica de bună vecinătate și aceasta va asigura înlăuntru unui cadru instituțional democratic, un sistem al justiției sociale și al libertăților individuale care este bazat pe respectul pentru drepturile omului¹.

Ca organ regional al cărui mandat se extinde în materia protecției drepturilor omului, Organizația Statelor Americane este alcătuită din 35 de state care desemnează națiunile independente din America de Nord, America Centrală, America de Sud și din regiunea Caraibe² iar statutul său este definit prin Carta Organizației – tratat multilateral adoptat și deschis spre semnare în 1948 în Columbia Bogota, intrând în vigoare în decembrie 1951³.

Ca document care oferă statutul Organizației Statelor Americane, Carta menționează în art. 1 misiunea asumată de Organizație, precizând că Organizația Statelor Americane a fost creată pentru a obține o ordine a păcii și justiției, pentru a promova solidaritatea între statele membre ale Organizației și pentru a apăra suveranitatea, integritatea teritorială și independența statelor membre. De asemenea, prevederile Cartei Organizației sunt definitorii pentru delimitarea competenței Organizației în raporturile cu statele membre: conform art. 1 alin. (2) din Cartă, Organizația Statelor Americane nu poate avea alte puteri decât cele oferite în mod expres de acest document și nici o prevedere a Cartei nu poate autoriza Organizația Statelor Americane să dobândească competența de a interveni în probleme care sunt plasate în jurisdicția internă a statelor membre.

În prezenta secțiune a lucrării noastre nu ne propunem să realizăm o analiză detaliată a prevederilor Cartei Organizației Statelor Americane, însă dorim să abordăm acele prevederi din Cartă care sunt relevante pentru prezentarea filozofiei pe care Organizația Statelor Americane – ca instituție centrală a sistemului inter-american de protecție a drepturilor omului – s-a angajat să o promoveze. Pentru a surprinde particularitățile acțiunilor desfășurate sub auspiciile Organizației, ne vom raporta la aspectele referitoare la ideile călăuzitoare menționate în preambulul Cartei, la obiectivele esențiale urmărite de Organizație respectiv la principiile generale aplicabile acțiunilor întreprinse de acest mecanism regional.

¹ R.K. Goldman, *op. cit.*, pp. 857-859.

² Statele membre ale Organizației Statelor Americane sunt Antigua și Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolivia, Brazil, Canada, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Guyana, Haiti, Honduras, Jamaica, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Saint Lucia, Saint Vincent și Grenadines, St. Kitts și Nevis, Suriname, Trinidad-Tobago, Statele Unite ale Americii, Uruguay și Venezuela. Menționăm că statul Cuba are un statut special în sensul în care aceasta este membră a Organizației Statelor Americane însă Guvernul său a fost exclus de la participare în cadrul reuniunilor Organizației încă din 1962. Informațiile prezentate au fost extrase din D. Rodríguez-Pinzón, C. Martín, Revised and updated by H.S. Martín, *The Prohibition of Torture and Ill-Treatment in the Inter-American Human Rights System*, Sté Crea Concept Print, Geneva, First edition: September 2006 Second edition: April 2014 ISBN 2-88894-049-3, p. 33.

³ Carta Organizației Statelor Americane a fost amendată ulterior prin Protocolul de la Buenos Aires din 1967, Protocolul de la Cartagena de Indias din 1985, Protocolul de la Washington din 1992, Protocolul de la Managua din 1993. Prin Protocolul de la la Washington s-a stabilit că unul dintre obiectivele esențiale ale activității Organizației Statelor Americane constă în promovarea cooperării între statele membre în domeniul economic, social și cultural de natură să fie eradicată extrema sărăcie de la nivelul regiunii; prin Protocolul de la Managua, s-a stabilit ca obiectiv esențial crearea Consiliului Inter-American pentru Dezvoltare Integrală.

Preambulul Cartei Organizației Statelor Americane debutează cu reafirmarea angajamentelor regionale în sensul garantării unui spațiu în care prerogativele individuale să își găsească împlinirea. În acest context, primul paragraf al preambulului Cartei așază în sfera misiunii istorice a continentului american garantarea unui spațiu în care să fie posibilă manifestarea libertății individuale în scopul dezvoltării personalității individuale și a realizării tuturor aspirațiilor juste ale omului. Considerăm că din această formulare rezultă în mod clar vocația Organizației Statelor Americane de a proteja drepturile omului și de a asigura circumstanțele propice dezvoltării prerogativelor umane individuale.

În continuare, paragraful al doilea al preambulului stipulează că misiunea stabilită anterior a inspirat încheierea a nenumărate acorduri a căror valori esențiale rezidă în dorința popoarelor americane de a conviețui în pace, respectându-și suveranitatea dar și în independență și în respect pentru principiul egalității în fața legii.

Respectul pentru suveranitate și neamestecul în afacerile interne ale statului va fi reiterat în alin. (4) al preambulului fiind asociat cu respectul pentru drepturile omului. După cum am precizat în paragrafele anterioare, în alin. (4) al preambulului Cartei este subliniată ideea în temeiul căreia singura modalitate viabilă de a crea un climat propice pentru respectarea drepturilor omului la nivel regional constă în crearea unui spațiu democratic în care să fie aplicate principiile bunei vecinătăți și solidarității.

Finalmente, în partea de încheiere a preambulului este accentuat angajamentul în sensul respectării principiilor și scopurilor promovate de Organizația Națiunilor Unite dar și nevoia de a asigura premisele păcii prin respectarea ordinii morale și a justiției – deziderate care, la rândul lor, sunt dependente de organizarea juridică.

Obiectivele și principiile Organizației Statelor Americane se află într-o relație de interdependență și reciprocitate, prevederile acestora auto-completându-se. Articolul 2 al Cartei enunță punctual 8 obiective pe care Organizația se angajează să îndeplinească în activitățile sale: (1) întărirea păcii și a securității pe continent; (2) promovarea și consolidarea democrației reprezentative, acordând respectul cuvenit principiului nonintervenției; (3) prevenirea posibilelor cauze ale dificultăților și asigurarea soluționării pe cale pașnică a disputelor care apar între statele membre; (4) să asigure o acțiune comună din partea statelor în eventualitatea unei agresiuni; (5) să asigure soluționarea problemelor politice, juridice și economice care ar putea apărea; (6) să promoveze prin cooperare dezvoltarea economică, socială și culturală; (7) să eradică sărăcia extremă care constituie un obstacol în calea dezvoltării democratice totale a popoarelor din emisferă; (8) să obțină o limitare efectivă a armelor convenționale – fapt care ar putea să asigure dedicarea unor resurse numeroase în favoarea dezvoltării economice și sociale din cadrul statelor membre.

Suntem de părere că obiectivele enunțate în rândurile anterioare pot fi centralizate în jurul unui obiectiv major – apt să se subsumeze obiectivelor enunțate în acest punct: obiectivul solidarității. Solidaritatea se traduce printr-o viziune comună pe care statele membre ale sistemului inter-american o adoptă în privința evoluțiilor situației politico-juridico-economică din regiune și vizează probleme de interes pentru totalitatea statelor membre de tipul celor evocate în art. 2. Direcțiile stabilite în art. 2 din Cartă desemnează, în opinia noastră, mai mult decât simple obiective. Acestea desemnează criteriile care trebuie să fie satisfăcute cumulativ pentru obținerea unui grad ridicat de solidaritate la nivel regional. Având în vedere climatul de tensiune pe fondul căruia s-a constituit Organizația Statelor Americane era firească orientarea către obiective circumscrise valorii solidarității.

În art. 3 al Cartei sunt evocate principiile fundamentale în funcție de care se orientează activitatea Organizației, fiind subliniate în mod deosebit regulile aplicabile pentru raporturile dintre state. Primele 5 puncte ale art. 3 sunt dedicate raporturilor dintre state și stabilesc regulile necesar a fi respectate în relațiile externe de către fiecare stat membru al organizației: (1) dreptul internațional este standardul de conduită al statelor în relațiile dintre ele;

(2) ordinea internațională constă în principal în respectarea principiilor personalității, suveranității, independenței statelor și în îndeplinirea obligațiilor derivate din tratate sau din alte surse de drept internațional; (3) buna credință va guverna relațiile dintre state; (4) solidaritatea statelor americane și scopurile înalte care sunt urmărite prin intermediul acesteia necesită organizarea politică a statelor în cauză în temeiul exercițiului efectiv al democrației reprezentative; (5) fiecare stat are dreptul de a alege, în absența interferenței externe, sistemul său politic, economic și social și să se organizeze în cel mai bun mod pe care îl consideră de cuviință și are obligația de a se abține din a interveni în afacerile unui alt stat. Statele Americane vor coopera pe deplin între ele independent de natura sistemelor lor politice, economice sau sociale.

Dintre principiile menționate în art. 3 ultimele abordează problematica ocrotirii drepturilor omului și a prezervării valorilor culturale regionale. Potrivit principiului stabilit la lit. 1) *statele americane proclamă drepturile fundamentale ale individului fără distincție de rasă, naționalitate, credință sau sex iar principiul următor aduce în discuție spiritualitatea continentului american declarând că unitatea spirituală a continentului este bazată pe respectarea valorilor culturale ale statelor americane și solicită cooperarea apropiată dintre acestea pentru ca să fie atinse scopurile înalte ale națiunilor civilizate.*

Remarcăm că primul principiu se referă în conținutul său atât la protecția drepturilor individuale cât și la dreptul la nediscriminare în exercitarea acestora, ele fiind garantate fără distincție în funcție de criteriile rasei, naționalității, crezului sau sexului. *Menționarea crezului în lista criteriilor discriminatorii este o particularitate a sistemului american de protecție a drepturilor omului și subliniază, în opinia noastră, relevanța pe care factorul cultural o are în procesul garantării și promovării drepturilor omului.* La nivelul simțului comun, semnificația *credinței* se raportează la ansamblul de convingeri și idei pe care individul le promovează în propria sa existență. Ca elemente afirmate în forul intern al individului convingerile și ideile sunt rezultante ale unei anumite manifestări spirituale deci, sunt rezultatul unei anumite culturi adoptate de individ. Din acest punct de vedere considerăm că menționarea succesivă a principiului protecției drepturilor omului fără discriminare în funcție de criteriile menționate și a principiului obținerii unității spirituale a continentului ca urmare a respectării valorilor culturale ale statelor americane are ca scop demonstrarea unei conexiuni intrinseci între respectul pentru drepturile omului și respectul pentru diversitatea culturală. În ordinea prezentării principiilor Organizației, protecția drepturilor omului și problema simbolurilor culturale ocupă ultimele poziții însă, cu toate acestea Carta are meritul de a fixa cadrul general care conține prevederi referitoare la principalele mecanisme ale sistemului inter-american care dețin competențe în protecția drepturilor omului, fiind astfel depășită problema abordării reziduale a drepturilor omului prin intermediul Cartei Organizației.

○ II.2. Mandatul Comisiei Inter-Americane în protecția drepturilor omului

Instituirea Comisiei Inter-Americane a Drepturilor Omului a consolidat angajamentul Organizației Statelor Americane în domeniul protecției drepturilor omului și a oferit o nouă dimensiune instituțională acestui demers asumat de Organizație. După cum atestă literatura de specialitate¹ originile Comisiei Inter-Americane se regăsesc în cadrul celei de-a cincea întâlniri de consultații ai miniștrilor de afaceri externe ținută în Santiago de Chile în 1959. Urmare a acestei întâlniri a fost instituită Comisia ca mecanism autonom al Organizației Statelor

¹ L. Hennebel, *The Inter-American System for Human Rights: Operation and Achievements*, versiunea finală a acestei lucrări a fost publicată în *International Human Rights Law in Global Context*, Editori F. Gomez Isa and K. de Feyter HumanitarianNet, Bilbao, 2009, p. 8.

Americane a cărei vocație consta în promovarea drepturilor omului la nivel regional, observarea stării protecției drepturilor omului și îndeplinirea unor funcții consultative pentru domeniul drepturilor omului, acționând în acest sens sub auspiciile Organizației.

Înscrierea Comisiei în rândul organismelor care exercită competențe depline în materia drepturilor omului la nivel regional s-a produs treptat, odată cu multiplele modificări instituționale realizate în urma amendării Cartei Organizației Statelor Americane. În aceste condiții, prin Protocolul de la Buenos Aires din 1970, se amenda Carta Organizației iar Comisia era ridicată la statutul unui organ al Organizației. Ulterior, prin adoptarea Convenției Americane în 1969, Comisia și-a confirmat poziția de organ autonom în cadrul instituțional al Organizației Statelor Americane asumându-și un dublu mandat: acela de a activa ca organ creat prin Carta Organizației Statelor Americane îndeplinindu-și sarcinile în slujba statelor membre ale Organizației și mandatul conform căruia Comisia este un organ convențional cvasi-judiciar care are în sfera sa de competențe interpretarea și aplicarea Convenției, activând, de această dată, în favoarea statelor membre ale Convenției. Dublul mandat al Comisiei a fost confirmat prin noul statut instituțional adoptat în 1979 de Adunarea Generală a Cartei Organizației Statelor Americane conform căruia Comisia poate activa atât ca organ al Cartei cât și ca organ al Convenției Americane, exercitând în această direcție atribuții specifice ambelor funcții care i-au fost consacrate.

Sub mandatul care decurge din calitatea de instituție a Cartei Organizației Statelor Americane, Comisia Inter-Americană are în sfera atribuțiilor sale (1) creșterea gradului de cunoaștere asupra problematicei drepturilor omului în rândul popoarelor din regiune; (2) realizarea de recomandări în favoarea statelor referitoare la modul în care legislația statelor membre răspunde procesului de implementare a prevederilor în materia drepturilor omului; (3) redactarea de studii și rapoarte; (4) să răspundă la solicitările formulate de statele membre prin intermediul Secretariatului General al Organizației cu privire la măsuri referitoare la drepturile omului și oferirea de servicii consultative ș.a. Pe de altă parte, în calitate de organ al Convenției Americane, Comisia își asumă ca principale atribuții adjudecarea unor plângeri sau solicitări privind state părți la Convenție care sunt introduse de individuali (persoane, grupuri de persoane, organizații non-guvernamentale) recunoscute în statele Organizației sau adjudecarea de comunicări potrivit cărora statele părți pretind că alte state părți au violat drepturi stabilite prin Convenție¹.

Pornind de la același criteriu de sistematizare a competențelor Comisiei Inter-Américane, o altă opinie doctrinară² propune o nouă abordare a subiectului, clasificând competențele Comisiei în funcție de statele asupra cărora acestea devin aplicabile.

În consecință, Comisia Inter-Americană deține trei categorii distincte de competențe: (1) competențe aplicabile statelor membre ale Organizației Statelor Americane (amintite anterior sub titlul atribuțiilor pe care Comisia le dezvoltă în temeiul mandatului care decurge din calitatea de instituție a Cartei Organizației Statelor Americane; la acestea adăugăm și competența Comisiei de a organiza sesiuni de observare la fața locului în urma obținerii consimțământului statului în cauză sau ca urmare a invitației statului pe teritoriul căruia urmează a se desfășura activitatea de observare); (2) competențe pe care Comisia le exercită în raporturile cu statele membre ale Organizației Statelor Americane care nu sunt concomitent și membre ale Convenției Americane (în această categorie includem competența de a aloca o atenție particulară observării gradului în care sunt respectate drepturile incluse în Declarația Americană a Drepturilor și Obligațiilor Omului și competența de a examina comunicări, de a

¹ R.K. Goldman, *op. cit.*, pp. 867-882; Kimberly D. King Hopkins, *Inter American Commission On Human Rights: Is Its Bark Worse Than Its Bite In Resolving Human Rights Disputes*, Tulsa Law Review, Volume 35, Issue 2, 1999, pp. 421-432.

² D. Rodríguez-Pinzón, C. Martín, Revised and updated by H.S. Martín, *op. cit.*, pp. 38-40.

solicita informații și de a face recomandări în momentul în care se dovedește că remediile juridice interne au fost epuizate); (3) o categorie specială¹ de competențe de care Comisia uzează în raporturile cu statele membre ale Convenției Americane (între acestea, suntem de părere că prezintă un interes deosebit, subliniind relațiile directe care se instituie între Comisie și Curte următoarele: înfățișarea Comisiei în fața Curții Inter-Americane, solicitarea Curții Inter-Americane să adopte anumite măsuri provizorii în situații pe care Comisia le apreciază ca urgente, consultarea Curții în materia interpretării și aplicării Convenției Americane sau a altor tratate dedicate drepturilor omului, submiterea, în variantă inițială, a unor modele de protocoale adiționale care să amendeze Convenția Americană pentru a include în mod progresiv în sistemul de drept al Convenției Americane alte drepturi și libertăți)².

În îndeplinirea prerogativelor subsumate funcției sale esențiale – aceea de a monitoriza gradul de respectare a drepturilor omului de către statele membre ale Organizației, Comisia Inter-Americană de protecție a drepturilor omului poate iniția, în ipoteza împlinirii unor criterii³ procedurale de admisibilitate, activități de realizare a unor rapoarte, cunoscute în practica din ultimul timp a Comisiei ca rapoarte tematice.

Vizitele pe teren constituie un alt instrument pus la dispoziția Comisiei pentru a verifica în mod direct gradul de respectare a drepturilor omului în statele membre ale Organizației Americane. Instrumentul vizitelor de teren se aseamănă din punct de vedere procedural cu *investigațiile in loco* diferența dintre cele două constând în aceea că *investigațiile in loco* se realizează urmare a introducerii unei plângeri individuale, obiectivul central al investigațiilor constând în verificarea faptelor invocate în plângerile respective. Vizitele de teren au particularitatea care derivă din modul de desfășurare și obiectivul urmărit: ele se derulează de către misiuni compuse din totalitatea membrilor Comisiei, scopul central fiind reprezentat de colectarea de informații pentru a verifica situația respectării drepturilor omului existentă într-un anumit stat. Potrivit regulilor procedurale care reglementează activitatea Comisiei în perioada derulării vizitelor de teren prerogativele membrilor Comisiei sunt extinse, aceștia putând călătorii nestingherit pe teritoriul statului monitorizat, având acces inclusiv în centrele de detenție cu finalitatea de a colecta date relevante pentru cercetarea întreprinsă⁴.

Mecanismul plângerilor individuale și competența Comisiei în abordarea funcționalității acestui mecanism confirmă, din nou, dublul mandat încredințat Comisiei – a cărui natură duală

¹ Considerăm că sunt speciale prerogativele din această categorie întrucât, în opinia noastră, ele contribuie la sublinierea raporturilor stabilite direct între Comisia Inter-Americană și Curtea Inter-Americană ca instituții implicate în protecția și garantarea drepturilor omului la nivel regional.

² D. Rodríguez-Pinzón, C. Martín, Revised and updated by H.S. Martín, *op. cit.*, pp. 38-40.

³ Conform analizei întreprinsă în lucrarea D. Rodríguez-Pinzón, C. Martín, Revised and updated by H.S. Martín, *op. cit.*, pp. 42-43, în anul 1997, Comisia Inter-Americană de protecție a drepturilor omului a emis anumite linii directoare necesar a fi respectate pentru a fi inițiate rapoartele de țară care urmează să fie incluse în Capitolul IV din Raportul Anual al Comisiei. Conform datelor citate, criteriile mai sus menționate sunt: (1) criteriul democrației reprezentative – statul a cărei situație internă privitoare la respectarea drepturilor omului va fi evaluată prin rapoarte trebuie să fie un stat în care guvernarea nu a fost aleasă prin sufragii libere, secrete, periodice și în acord cu standardele și principiile acceptate internațional; (2) rapoartele se adresează statelor în care exercițiul liber al drepturilor și libertăților stabilite în Convenția Americană și Declarația Americană au fost suspendate total sau în parte în virtutea impunerii unor măsuri excepționale precum stare de urgență, stare de asediu; (3) trebuie să existe dovezi clare și convingătoare potrivit cărora statul în cauză comite încălcări grave ale drepturilor conținute în Convenția Americană, în Declarația Americană sau în alte instrumente aplicabile în materia drepturilor omului; (4) statul căruia i se adresează procedura rapoartelor poate să se găsească într-o stare de tranziție din oricare din cele 3 situații menționate mai sus; (5) statul în cauză poate să se afile în situații temporare sau structurale în care să fie afectate serios drepturile cuprinse în Convenția Americană sau în Declarația Americană. Astfel de situații pot fi: grave violări ale drepturilor omului care împiedică aplicarea principiului legalității, crize instituționale sau procese de schimbare instituțională care afectează în mod direct situația drepturilor omului.

⁴ D. Rodríguez-Pinzón, C. Martín, Revised and updated by H.S. Martín, *op. cit.*, pp. 44-47.

rezidă în documentul la care se referă activitatea Comisiei – Declarația Americană a Drepturilor și Obligațiilor Omului sau Convenția Americană.

Este limpede că în funcționalitatea mecanismului plângerilor individuale, mandatul Comisiei este unul dual, dat fiind faptul că intră în sfera atribuțiilor acesteia atât verificarea plângerilor individuale izvorâte din Declarația Americană care privesc statele membre ale Organizației Americane dar care nu au concomitent calitatea de state semnatare ale Convenției Americane cât și verificarea plângerilor formulate de statele membre la Convenția Americană care au ca obiect încălcări ale acestui document. Dublul mandat al Comisiei este mai mult decât formal, acesta având scopul esențial de a departaja între plângerile pe care Comisia le poate păstra spre soluționare și cele pe care le poate avansa Curții. Diferența relevantă între plângerile care se înscriu în mecanismul plângerilor individuale constă în faptul că pot fi deferite de către Comisie Curții Inter-Americane doar plângerile care privesc încălcări ale Convenției Americane provenite din partea unui stat care a ratificat Convenția și a acceptat jurisdicția Curții. Plângerile care izvorăsc din Declarația Americană nu pot ajunge la Curte, ele vor rămâne la stadiul de evaluare al Comisiei care, având statutul unui organism cvasi-jurisdicțional, poate emite recomandări dar nu are competența de a emite decizii constrângătoare din punct de vedere legal¹.

În activitatea Comisiei, puterea constrângătoare a recomandărilor a fost dilematică din cauza lipsei de coerență a pozițiilor Curții și Comisiei cu privire la acest subiect. Deși atribuirea în favoarea recomandărilor a unui caracter constrângător ar fi facilitat îndeplinirea misiunii Comisiei – de a veghea la buna respectare a standardelor în materia drepturilor omului de statele din regiune – Curtea Inter-Americană, pronunțându-se pe cale jurisprudențială², a statuat în sensul în care *recomandarea nu deține valoare juridică egală cu cea a unei hotărâri în cazul căreia eșecul unui stat de a se conforma ar atrage ca și consecință angajarea responsabilității statale*. Ulterior, caracterul dilematic al recomandărilor emise de Comisie a fost estompat prin punerea în acord a opiniei Curții și Comisiei. Apelând din nou la calea jurisprudențială³, Curtea și-a rectificat poziția anterioară referitoare la acordarea caracterului constrângător recomandărilor emise de Comisie și a stabilit în sarcina statelor membre la Convenția Americană obligația de a se conforma recomandărilor emise de un organ cu vocație în protecția drepturilor omului, Comisia Inter-Americană fiind unul dintre acestea. Obligația stipulată de Curte a fost extinsă de Comisie prin Raportul Anual formulat în 1997, în acest sens menționându-se inclusiv statele membre ale Organizației Statelor Americane care nu sunt concomitent și membre ale Convenției Americane. Astfel, intervenția Comisiei a tranșat situația caracterului obligatoriu al recomandărilor sale, menținând obligativitatea recomandărilor inclusiv pentru statele membre ale Convenției Americane pentru o împlinire mai performantă a obligațiilor asumate pe plan internațional⁴.

Finalmente, putem afirma că stabilirea caracterului obligatoriu al recomandărilor este benefică pentru a asigura coordonarea și sincronizarea acțiunilor statelor membre ale Organizației în domeniul îndeplinirii orientărilor trasate de Comisie. Suntem de părere că în ipoteza anterioară, în care statele membre ale Convenției Americane erau ținute de recomandările Comisiei iar restul statelor membre ale Organizației care nu erau concomitent membre ale Convenției nu aveau obligația de a respecta recomandările Comisiei, consecința firească ar consta în fragmentarea misiunii Organizației Statelor Americane de a promova și ocroti

¹ D. Rodríguez-Pinzón, C. Martin, Revised and updated by H.S. Martín, *op. cit.*, pp. 48-54.

² Cauza *Caballero-Delgado and Santana v. Colombia*, Hotărârea pronunțată pe 8 decembrie 1995, de Curtea Inter-Americană a Drepturilor Omului nr. 22, par. 67.

³ Cauza *Loayza Tamayo v. Peru*, Hotărârea pronunțată pe 17 septembrie 1997 de Curtea Inter-Americană a Drepturilor Omului, nr. 33, par. 80.

⁴ D. Rodríguez-Pinzón, C. Martin, Revised and updated by H.S. Martín, *op. cit.*, pp. 54-55.

drepturile omului. De asemenea, dacă luăm în considerare vocația atribuită inițial Comisiei Inter-Americane – aceea de a fi un forum în care să fie conduse investigații abstracte în materia respectării drepturilor omului¹, este limpede că activitatea Comisiei trebuie să fie apreciată de către statele membre ale Organizației Statelor Americane prin apel la un standard spiritual unitar. În același mod ar trebui să fie interpretată și poziția pe care statele membre ale Organizației o adoptă față de recomandările Comisiei – ca fiind unitară și coerentă.

○ II.3. Mandatul Curții Inter-Americane în protecția drepturilor omului

Spre deosebire de Comisia Inter-Americană a cărei competență cvasi-jurisdicțională a reprezentat un punct dilematic al practicii sistemului inter-american de protecție a drepturilor omului, Curtea Inter-Americană a Drepturilor Omului este recunoscută ca fiind organul jurisdicțional al sistemului inter-american de protecție a drepturilor omului care are competențe în interpretarea și aplicarea Convenției Americane. Cu toate acestea, prin modul de compunere și prin cerințele pe care trebuie să le îndeplinească membrii săi, Curtea se apropie de modul de organizare recunoscut de Comisie.

Apariția Curții Inter-Americane în sistemul regional de protecție a drepturilor omului a fost cel puțin surprinzătoare în contextul în care, pe fondul adoptării Declarației Americane a Drepturilor și Obligațiilor Omului, statele din regiune (inclusiv Statele Unite ale Americii) au fost reticente cu privire la transformarea prerogativelor conținute în Declarație în angajamente obligatorii la nivel internațional. Fiind orientate către menținerea dezideratelor în domeniul drepturilor omului exprimate prin intermediul Declarației în sfera angajamentelor non-obligatorii, considerăm surprinzătoare poziția adoptată de statele din regiune de a crea o curte inter-americană care să vegheze la protecția drepturilor omului. Adoptată în cursul celei de-a noua Conferințe a Statelor Americane, odată cu Carta Organizației Statelor Americane, Declarația Americană a Drepturilor Omului era evaluată ca fiind parte integrantă din dreptul cutumiar în ceea ce privește catalogul de drepturi pe care îl prescrie². Convenția Americană adoptată în 1969 la Conferința Inter-Americană Specializată de la San José se recomandă ca document obligatoriu pentru sistemul regional de protecție a drepturilor omului și creează Curtea Inter-Americană.

Similar Comisiei care îndeplinea un dublu mandat, Curtea Inter-Americană deține o dublă competență: *jurisdicțională și consultativă*. Competența jurisdicțională este exercitată asupra statelor membre ale Convenției Americane care au acceptat jurisdicția Curții în ipoteza în care se verifică presupuse încălcări ale Convenției Americane. În temeiul puterii sale jurisdicționale, Curtea poate fi sesizată cu plângeri din partea Comisiei sau direct din partea statelor însă doar după ce plângerile sunt declarate admisibile în urma filtrului impus de mecanismul plângerilor prealabile care se află în directă coordonare a Comisiei. În exercitarea competenței jurisdicționale, Curtea se bucură de putere nelimitată, fiind în drept să păstreze, în măsura în care consideră relevante, probe obținute de Comisie în urma investigației întreprinse. În practica inițială a Curții, aceasta de regulă proceda la o nouă judecată dispunând re-evaluarea unor probe sau re-evaluarea stării de fapt. Ulterior, poziția Curții vis-a-vis de activitatea de investigare întreprinsă de Comisie s-a schimbat, Curtea admitând și ținând cont de rezultatele investigării conduse de Comisie atât timp cât acestea au fost obținute prin respectarea procedurii prezenței ambelor părți la cercetările întreprinse. Bineînțeles, Curtea deține puterea

¹ K.D. King-Hopkins, *op. cit.*, p. 424.

² Pentru detalii suplimentare a se consulta L. Shaver, *The Inter-American Human Rights System: An Effective Institution for Regional Rights Protection?*, Washington University Global Studies Law Review, Volum 9, Issue 4, 2010, p. 643.

amintită anterior de a solicita repetarea procedurii de obținere a unor probe în măsura în care consideră acest lucru ca fiind necesar¹.

Competența consultativă este centrată pe prerogativele Curții de a oferi, la solicitarea statelor părți la Convenția Americană, a membrilor Organizației Statelor Americane sau a organelor acestei Organizații (inclusiv Comisia) interpretări pertinente asupra conținutului Convenției Americane dar și asupra conținutului altor tratate din materia protecției drepturilor omului care cunosc aplicabilitate la nivel regional. În egală măsură, competența consultativă abilitază Curtea în a oferi opinii consultative statelor membre ale Organizației Statelor Americane al căror obiect constă în modul în care legile naționale de la nivelul statelor membre ale Organizației sunt compatibile cu prevederile Convenției Americane și cu prevederile altor tratate în materia drepturilor omului la care statul în cauză este parte.

Actele finale ale Curții Inter-Americane sunt diferite ca natură în funcție de competențele în exercitarea cărora au fost emise. În consecință, în exercitarea competenței jurisdicționale Curtea oferă hotărâri al căror caracter obligatoriu este indiscutabil iar în îndeplinirea prerogativelor consultative, Curtea emite opinii consultative².

Curtea Inter-Americană a Drepturilor Omului se distinge printr-o practică specifică de celelalte instanțe regionale, în principal afirmându-și unicitatea față de Curtea Europeană a Drepturilor Omului. Literatura de specialitate³ a identificat ca principal punct de individualizare a activității Curții Inter-Americane tendința acestei instituții de a promova o practică unitară în problemele de drepturi ale omului pe care aceasta le analizează, avansând, cu această ocazie, o filozofie juridică proprie. *Suntem de părere că aceasta este o orientare dezirabilă pentru a dezvolta activitatea Curții cu atât mai mult cu cât diferențele dintre cele două instanțe regionale amintite se înregistrează în primul rând la nivelul contextului socio-juridic în care fiecare dintre acestea a apărut și s-a dezvoltat. În această ordine de idei, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a experimentat încă de la începutul activității sale contextul socio-juridic al democrației – context în care conturarea unei filozofii juridice proprii Curții Europene în materia problemelor conexe drepturilor omului a reprezentat un demers juridic mai facil. Dacă formulăm problema filozofiei juridice exprimate de Curtea Europeană în materia problemelor de drepturi ale omului, observăm conturarea unei culturi legale europene fundamentată pe ideile egalității, libertății, demnității. Dacă schimbăm cadrul de analiză către Curtea Inter-Americană a Drepturilor Omului observăm că rațiunea activității sale apare într-un context radical diferit, respectiv într-un climat politico-juridic în care drepturile omului erau nesocotite prin regimuri non-democratice de tipul dictaturilor militare. Dependentă de climatul socio-juridic proliferat în regiunea inter-americană, Curtea a fost nevoită să dezvolte pe cale jurisprudențială o filozofie juridică aparte înlăuntrul căreia exista o doctrină emergentă care soluționa aspecte de tipul disparițiilor forțate, dreptul victimei de a afla adevărul, obligația statului de a investiga și de a acorda garanții juridice.*

Având experiența flagrantelor încălcări ale drepturilor omului, Curtea Inter-Americană a formulat pe cale jurisprudențială doctrina *reparațiilor*. În mod concret, în măsura în care Curtea constată încălcări ale standardelor regionale în materia drepturilor omului, aceasta dispune o listă de remedii/acțiuni pe care statul în cauză trebuie să le parcurgă, ordonând de regulă remedii echitabile alături de compensații. Este important să subliniem ideea conform căreia încălcările în materia drepturilor omului identificate în practica Curții Inter-Americane sunt mult mai grave decât cele reperate în jurisprudența Curții Europene – motiv pentru care, de regulă, remediile echitabile sunt conexate compensațiilor. Singure, compensațiile materiale

¹ D. Rodríguez-Pinzón, C. Martín, Revised and updated by H.S. Martín, *op. cit.*, pp. 56-57.

² Idem, pp. 58-60.

³ A. Huneeus, *Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights*, Cornell International Law Journal, Volum 44, Cornell University Press, 2011, pp. 500-502.

ar fi privite cu suspiciune fiind considerate insuficiente pentru a acoperi daunele (în principal emoționale) aduse prin violări ale drepturilor omului de tipul disparițiilor forțate, violurilor etc.¹

Comparând Curtea Inter-Americană a Drepturilor Omului cu omoloaga sa europeană, prima se distinge prin gradul său de implicare în cauza soluționată în cursul perioadei post-soluționare. Literatura de specialitate² reține că spre deosebire de Curtea Europeană care încetează să mai fie implicată în cauza tranșată după emiterea deciziei reparatorii deoarece organismul Comitetului de Miniștri va fi însărcinat cu supervizarea *post-factum* a cauzei, Curtea Inter-Americană adoptă o cale specifică – fapt care îi accentuează particularitățile. Astfel, Curtea Inter-Americană va rămâne implicată în cauza care i-a fost deferită inclusiv după soluționare prin mecanismul de monitorizare al gradului de conformare din partea statelor cu regulile pe care Curtea le fixează pentru corecta dezlegare a cauzei. Statele vizate prin hotărârea Curții vor fi ținute să prezinte rapoarte cu privire la eforturile întreprinse pentru a se conforma regulilor stabilite de Curte iar aceasta din urmă implică în această procedură Comisia Inter-Americană și victimele pentru ca acestea să răspundă la rapoartele de auto-evaluare redactate de statele în cauză.

Considerăm că prin menținerea unei supervizări atente din partea Curții asupra modului în care deciziile sale sunt respectate și aplicate și prin implicarea victimelor în procedura de evaluare a modului în care statele autoare a violărilor drepturilor omului și-au reparat greșeala, sistemul de justiție inter-american răspunde în mod echitabil cerințelor de efectivitate a justiției. Într-adevăr suntem de părere că rolul instanței de judecată nu ar trebui să se limiteze la tranșarea litigiului ci ar trebui să se extindă la supravegherea modului în care deciziile emise sunt aplicate și respectate. Efectivitatea hotărârii judecătorești rezidă în gradul în care prescripțiile sale sunt puse în aplicare și nu doar în direcțiile de dezlegare a cauzei pe care instanța de judecată le trasează formalmente în decizia statuată. Ducând mai departe argumentația anterioară, este clar că hotărârea judecătorească servește actului de îndeplinire a justiției doar dacă și în măsura în care victimele își găsesc satisfacție reală în cele statuate în hotărâre. În caz contrar, după cum am arătat în secțiunea lucrării noastre dedicată sistemului european de protecție a drepturilor omului, Curtea nu ar garanta decât prerogative iluzorii pe care victimele nu pot să le exercite, pe cale de consecință, decât în abstracto.

○ II.4. Dualitate și complementaritate în mandatul Comisiei și Curții Inter-Americane

Ca instituții implicate în procesul regional de asigurare a protecției drepturilor omului, Comisia și Curtea Inter-Americană îndeplinesc, după cum am arătat mai sus, mandate diferite însă complementare³. Dintre cele două instituții, Curtea pare a îndeplini un rol mai proeminent în procesul protecției drepturilor omului în timp ce Comisia își rezumă activitatea la a oferi ajutor Curții în filtrarea cauzelor care trebuie să fie soluționate. Comisia acționează precum un agent care evaluează cauzele deferite și le selectează pe acelea care, îndeplinind condițiile formale procedurale (dintre care avem în vedere inclusiv cerințele de admisibilitate a cauzei) pot ajunge în fața Curții. În schimb, Curtea acționează pe două planuri distincte de competență: în plan contencios – soluționând problemele care îi sunt supuse atenției și în plan non-contencios – avansând modele de interpretare a Convenției Americane. Caracterul complementar al

¹ A. Huneeus, *op. cit.*, pp. 495-497.

² *Ibidem*.

³ Pentru mai multe detalii referitoare la comparația dintre mandatele celor două instituții a se consulta L. Shaver, *op. cit.*, pp. 645-670.

mandatelor celor două instituții este, din punctul nostru de vedere, explicit: pe de o parte Comisia acționează ca un secund al Curții asistând în perioada pre-contencioasă prin selectarea cauzelor care urmează a fi tranșate de Curte; pe de altă parte, Curtea solicită implicarea Comisiei chiar și în etapa post-contencioasă descrisă în secțiunea anterioară a lucrării. Reiterăm faptul că ulterior stabilirii punctelor pe care trebuie să le îndeplinească statul a cărei acțiune în violarea drepturilor omului la nivel regional a fost constatată, Curtea solicită Comisiei implicarea pentru a exercita împreună evaluarea modului în care prescripțiile stabilite în hotărârea pronunțată de Curte au fost respectate. În acest punct devine evident faptul că activitatea de colaborarea dintre Comisie și Curte există înainte de tranșarea cauzei de către Curte dar și ulterior tranșării cauzei – aspect care, din punctul nostru de vedere, subliniază din nou complementaritatea mandatelor Comisiei și Curții.

Suntem de părere că argumentul fundamental care susține complementaritatea mandatelor/funcțiilor Comisiei și Curții rezidă în diferențierea clară a conținutului activităților lor. După cum remarca literatura de specialitate¹ în îndeplinirea misiunii de promovare și protecție a drepturilor omului în regiunea inter-americană, Curtea acționează ca ultimă instanță iar Comisia ca primă instanță; deși îndeplinesc funcții și mandate diferite, Curtea și Comisia interacționează și conlucrează în vederea obținerii obiectivului comun. Considerăm că explicația oferită anterior este ilustrativă pentru a sublinia caracterul complementar al celor două categorii de funcții atribuite celor două instituții întrucât, în ipoteza în care Curtea și Comisia ar îndeplini aceleași funcții, atunci cele două mandate aferente celor două instituții ar fi calificate în mod corect ca identice iar diferențierea inter-instituțională ar deveni superfluă. De asemenea, dacă funcțiile îndeplinite de Curte și Comisie ar fi similare, atunci problema s-ar contura în legătură cu legitimarea independenței fiecărei instituții. În fapt și în drept, considerăm că este redundant să susținem autonomia instituțională a Curții sau a Comisiei din moment ce fiecare instituție exercită atribuții/competențe care cad în sfera atribuțiilor/competențelor exercitate de cealaltă instituție.

Din punctul nostru de vedere, o altă diferență esențială între mandatul Comisiei și mandatul Curții constă în modul în care fiecare instituție abordează îndeplinirea activităților care cad în sarcina sa. De exemplu, Comisia îndeplinește preponderent activități de observare și monitorizare a modului în care drepturile omului sunt respectate de către statele din regiune. În înfăptuirea justiției în materia drepturilor omului Comisia adoptă o perspectivă mai degrabă pasivă. După cum am arătat anterior, Comisia monitorizează respectarea drepturilor omului și sintetizează opiniile sale în rapoartele pe care le întocmește. De asemenea, Comisia propune Adunării Generale a Organizației Statelor Americane amendamente și Protocoale Adiționale la Convenția Americană, Adunarea Generală adoptându-le în măsura în care le consideră pertinente. Comisia primește plângerile care invocă încălcări ale drepturilor omului și în urma verificării admisibilității plângerii procedează la soluționarea pe cale pașnică a conflictului apărut între părți sau formulează recomandări care să conțină îndrumări adresate părților cu privire la modul în care poate fi soluționată problema.

Din cele expuse până în acest punct am demonstrat poziția preponderent pasivă a Comisiei în procesul de înfăptuire a respectării drepturilor omului. Evident, nu putem neglija implicarea activă a Comisiei în încercarea de a tranșa pe cale amiabilă litigiul apărut între părți. Cu toate acestea postura pasivă a Comisiei este menținută pentru că în procesul de soluționare amiabilă a litigiului instituția Comisiei nu are putere decizională. În schimb, Curtea deține putere decizională finală cu privire la tranșarea cauzei care îi este deferită. În urma verificării jurisdicției, Curtea va decide dacă în cauza respectivă a existat o violare a Convenției Americane sau a Declarației Americane a Drepturilor și Obligațiilor Omului. Instrumentele prin care Curtea își face simțită puterea decizională sunt ordonarea măsurilor provizorii (de

¹ L. Shaver, *op. cit.*, p. 647.

precauție)¹ prin care se urmărește prevenirea unui rău ireparabil în situații de extremă urgență și emiterea opiniilor consultative în cazuri limitate la solicitarea statelor membre ale Organizației Statelor Americane sau la solicitarea unui organ al Organizației privitoare la interpretarea documentelor regionale în materia drepturilor omului, dar și la gradul de compatibilitate între documentele adoptate de statele din regiune în materia drepturilor omului și documentele existente la nivel regional privitoare la același subiect.

Dacă analizăm jurisdicția geografică a Curții și Comisiei, observăm că puterile Curții sunt exercitate asupra unui număr mai redus de state. Comisia supraveghează respectarea drepturilor omului în statele din regiune care au ratificat Convenția Americană dar și în statele din regiune care au ratificat Declarația Drepturilor și Obligațiilor Omului, fără a ratifica simultan și Convenția Americană. Referindu-ne la jurisdicția contencioasă a Curții – aceasta poate fi exercitată exclusiv asupra acelor state care au ratificat Convenția Americană și care au acceptat jurisdicția Curții – fie în mod direct prin declarație fie *ad hoc* pentru tranșarea unei cauze specifice. Pe de altă parte, Curtea are competența materială limitată la acele încălcări ale drepturilor omului care rezultă din Convenția Americană sau din oricare alt document adoptat la nivel regional sub auspiciile Organizației Statelor Americane și care este obligatoriu din punct de vedere legal. *Per a contrario*, Curtea nu poate judeca încălcări ale drepturilor omului care sunt ocrotite de Declarația Drepturilor și Obligațiilor Omului².

Adițional complementarității în domeniul mandatelor, funcționalitatea mecanismelor presupuse de cele două instituții aduce în discuție anumite asemănări. Comisia și Curtea beneficiază de un mecanism similar de desemnare a membrilor lor: ambele instituții sunt alcătuite din membrii care, servind în considerarea capacităților personale trebuie să dovedească bune referințe profesionale și morale; membrii pot fi propuși de către oricare dintre statele membre ale Organizației, fără să existe o stipulație expresă în temeiul căreia să fie obligatorie nominalizarea realizată de către statul al cărui cetățean este persoana în cauză. Atât Curtea cât și Comisia beneficiază de un secretariat care asistă instituțiile în desfășurarea activităților iar din punct de vedere organizatoric, activitățile Curții și Comisiei se desfășoară în sesiuni – fiecare având o durată specifică. Sesiunile Comisiei se desfășoară de două ori pe an, fiecare având o durată de două săptămâni existând posibilitatea desfășurării unei sesiuni extraordinare dacă circumstanțele o cer în timp ce Curtea se întrunește de patru ori pe an în sesiuni cu o durată de la una la trei săptămâni. Finalmente, observăm că independența financiară poate fi reclamată în exclusivitate de către Curtea care, spre deosebire de Comisie, beneficiază de buget propriu finanțat de către statele membre ale Organizației Statelor Americane. În schimb, Comisia trebuie să se finanțeze în principal din contribuțiile statelor Organizației Statelor Americane și din contribuțiile Comisiei Europene³.

○ II.5. Instituția procedurală *amicus curiae*. Contribuția opiniilor sale în protecția drepturilor omului la nivel regional

În sistemul inter-american de drept, instituția procedurală *amicus curiae* se remarcă precum o specificitate semnificativă care determină o nouă dimensiune în procesul regional de protecție a drepturilor omului. Trebuie să menționăm că deși a apărut inițial în statele care au aderat la sistemul *common law*, instituția procedurală *amicus curiae* are actualmente o vastă arie de aplicare, fiind întâlnită inclusiv în sistemul european de protecție a drepturilor omului format sub auspiciile Convenției Europene a Drepturilor Omului și a Libertăților

¹ L. Shaver, *op. cit.*, p. 649.

² *Ibidem*.

³ L. Shaver, *op. cit.*, pp. 653-670.

Fundamentale¹. Literatura de specialitate² introduce un punct de vedere interesant cu privire la instituția procedurală *amicus curiae*, comparând perspectivele avansate de cele două sisteme regionale de drept – cel european și inter-american. Dacă în sistemul european de drept instituția intervenției terților urmărește să corespundă dezideratului mai amplu al realizării unei bune administrări a justiției, la nivel inter-american, instituția *amicus curiae* îndeplinește concomitent două funcții esențiale: (1) funcția de diseminare a informațiilor relevante asupra activității Curții Inter-Americane, urmărind creșterea gradului de cunoaștere în rândul justițiabililor a filozofiei juridice susținute de Curte în jurisprudența sa; (2) funcția de sprijinire a Curții în activitatea sa prin prezentarea unor informații pertinente pentru soluționarea cazului care provin de la persoane străine de cauză. *Considerăm că relevanța pe care cele două sisteme de drept o atașează instituției amicus curiae este diferită – fapt observabil încă din punctul de abordării conceptuale a instituției. După cum am remarcat deja, în sistemul european de protecție a drepturilor omului, instituția amicus curiae este întâlnită sub denumirea intervenției terțelor părți, fără a fi explicat detaliat modul în care această intervenție este posibilă (sunt relevante în acest sens doar două texte conținute în Convenția Europeană și în Regulile de Procedură ale Curții Europene) și fără a fi clarificată semnificația acestei instituții. Privind spre sistemul inter-american de protecție a drepturilor omului, aspectul conceptual legat de instituția amicus curiae este clarificat³, însă aspectul legat de efectul instituției amicus curiae asupra procedurilor și asupra dezlegării cauzei este lăsat incertitudinii.*

Deși se bucură de reglementare expresă în sistemul inter-american de drept⁴, instituția *amicus curiae* nu are atașată o semnificație clară în privința modului în care aceasta poate să

¹ În sistemul de drept care a luat ființă la nivel european sub auspiciile Convenției Europene a Drepturilor omului și a Libertăților Fundamentale, instituția *amicus curiae* este reglementată sub o altă denumire – cea a intervenției unor terțe părți – în art. 36 alin. (2) din Convenția Europeană a Drepturilor Omului (conform textului citat, intervenția terților este reglementată după cum urmează: *În interesul bunei administrări a justiției, președintele Curții poate invita orice înaltă Parte Contractantă care nu este parte în cauză sau orice persoană interesată, alta decât reclamantul, să prezinte observații scrise sau să ia parte la audiere.*). Menționăm că art. 36 alin. (2) din Convenția Europeană a fost amendat prin Protocolul nr. 11 și Protocolul nr. 14 la Convenție. De asemenea, instituția intervenției unor terțe părți este reglementată de art. 44 alin. (3) lit. a) din Regulile de Procedură ale Curții Europene a Drepturilor Omului astfel cum textul său a fost amendat de Curte pe data de 7 iulie 2003 și pe 13 noiembrie 2006 (potrivit textului citat, instituția intervenției unor terți a fost reglementată astfel: *Odată cererea comunicată Părții contractante pârâte în temeiul art. 51 § 1 sau al art. 54 § 2 (b) al Regulamentului, Președintele Camerei poate, în interesul unei bune administrări a justiției, astfel cum dispune art. 36 § 2 al Convenției, să invite sau să autorizeze orice Parte contractantă care nu este parte în cauză sau orice persoană interesată, alta decât reclamantul, să depună observații scrise sau, în cazuri excepționale, să participe la audierea consacrată examinării acelei cereri.*

² F.J. Rivera Juaristi, *The Amicus Curiae in the Inter-American Court of Human Rights (1982-2013)*, Santa Clara University – School of Law, International Human Rights Clinic, 2014, p. 5.

³ Potrivit art. 2 – Definiții, par. 3 adăugat de Curte în timpul sesiunii sale ordinare desfășurată pe data de 29 ianuarie 2009 din *Regulile de Procedură ale Curții Inter-Americane a Drepturilor Omului* aprobate de Curte în timpul Sesiunii Ordinare nr. XLIX ținută în perioada 16-25 noiembrie 2000 și amendate parțial de Curte în timpul sesiunii ordinare LXXXII desfășurată în perioada 19-31 ianuarie 2009, amendate în cadrul sesiunii ordinare LXXXV desfășurată în noiembrie în perioada 16-28 2009, semnificația instituției procedurale *amicus curiae* este următoarea: *termenul „amicus curiae” se referă la persoana sau instituția care nu are legătură cu cauza sau cu procedura aplicată și care depune la Curte un raționament cu privire la faptele conținute în prezentarea cazului sau în considerațiile legale asupra subiectului principal al procedurilor, prin intermediul unui document sau prin intermediul unei argumentații prezentate în cadrul audierilor.*

⁴ Potrivit art. 44 din *Regulile de Procedură ale Curții Inter-Americane a Drepturilor Omului* aprobate de Curte în timpul Sesiunii Ordinare nr. XLIX ținută în perioada 16-25 noiembrie 2000 și amendate parțial de Curte în timpul sesiunii ordinare LXXXII desfășurată în perioada 19-31 ianuarie 2009; regulile au suferit ultima amendare în cadrul sesiunii ordinare LXXXV desfășurată în noiembrie în perioada 16-28 2009: *(1) Orice persoană sau instituție care dorește să acționeze ca amicus curiae trebuie să depună un document la Tribunal împreună cu anexele sale prin orice mijloc stabilit în art. 28(1) ale Regulilor de Procedură ale Curții, în*

influențeze opinia/hotărârea formulată de Curte urmare a parcurgerii procedurii contencioase/necontencioase. *Opinăm că această neclaritate care planează în sistemul inter-american de drept trebuie să fie depășită pentru asigurarea rigurozității analizei pe care dorim să o întreprindem asupra modului în care opinia amicus curiae a impactat protecția drepturilor femeii la nivel regional. Pornind de la indicațiile oferite de cele două funcții presupuse a fi îndeplinite de instituția procedurală amicus curiae, suntem de părere că prin opiniile sale, amicus curiae urmărește să producă efectul îmbunătățirii actului de justiție prin stabilirea scopului de a crea o jurisprudență unitară pe anumite probleme de drept. Deoarece la nivelul inter-american problemele legate de protecția drepturilor omului au cunoscut o evoluție dificilă (subliniată de contextul socio-juridic non-democratic sau pseudo-democratic prezentat în secțiunile anterioare), contribuția amicus curiae nu poate să își propună un alt obiectiv decât acela de a aduce lumină în problemele dificile întâlnite de instanță și de a obține o filozofie juridică bine articulată în materie. Mai mult, fiind conectată permanent la opiniile unor entități care nu au interes în cauza dată spre soluționare, Curtea poate să adopte o atitudine nouă asupra problemei de drept discutată. În consecință, efectul produs de opiniile propuse de amicus curiae se situează între două coordonate: modernizarea practicii instanței de judecată și construirea unui punct de vedere unitar asupra problemei de drept abordată.*

Este interesant de observat că dacă în ceea ce privește efectul produs de opiniile exprimate de amicus curiae, jurisprudența Curții rămâne nesemnificativă, în ceea ce privește criteriile de admisibilitate ale opiniilor amicus curiae, există un ansamblu de criterii care pot fi cu certitudine extrase din jurisprudență. Referitor la criteriile de admisibilitate amicus curiae, literatura de specialitate¹ remarcă identitatea între criteriile de admisibilitate aplicabile opiniilor amicus curiae în cadrul procedurii scrise și criteriile de admisibilitate aplicabile opiniilor exprimate de amicus curiae în cadrul procedurii orale. Jurisprudența Curții Inter-Americane care datează din anul 2009 este relevantă pentru ilustrarea criteriilor de admisibilitate specifice procedurii orale – aceasta deoarece amendarea regulilor de procedură ale Curții produsă în anul 2009 a transformat poziția Curții față de instituția amicus curiae, atașând un grad crescut de rigurozitate în analiză.

Pe cale jurisprudențială, Curtea Inter-Americană s-a pronunțat în favoarea unor criterii de admisibilitate specifice procedurii scrise care nu pot fi evidențiate exhaustiv: *imparțialitate, actualitate și limbă, identificarea amicus curiae, utilitatea ș.a. Analizând condiția imparțialității considerăm că aceasta este implicită existenței instituției amicus curiae. Ne vom explica punctul de vedere: este de esență instituției procedurale amicus curiae ca opinia emisă să provină de la o entitate care nu deține interes propriu în cauză. În acest caz, imparțialitatea este intrinsec legată de poziția străină de proces pe care trebuie să o adopte amicus curiae. Este clar că amicus curiae nu poate emite o opinie prin care să urmărească un câștig/realizarea unui interes personal în cauza respectivă deoarece atunci calificarea corectă a instituției ar fi aceea a unui terț intervenient și nu aceea de amicus curiae. Criteriul actualității se referă la respectarea termenelor menționate în art. 44 din Regulile de Procedură ale Curții iar cel referitor la limbă*

limba de lucru a cazului și purtând numele și semnătura autorilor. (2) Dacă documentul amicus curiae este depus electronic și nu este semnat sau dacă opinia este depusă fără anexe, textul original trebuie să fie primit de Tribunal în termen de 7 zile de la transmitere. Dacă documentul este depus în afara termenului stabilit sau este depus fără documentația solicitată, va fi arhivat fără evaluări suplimentare. (3) Documentele amicus curiae vor fi depuse oricând în cursul procedurii contencioase în maximum de 15 zile de la data audierilor publice. Dacă Curtea nu ține o audiere publică, documentele amicus curiae trebuie să fie depuse în 15 zile de la ordinul de stabilire a termenelor limită pentru submiterea argumentelor finale. În urma consultărilor cu Președintele, documentul amicus curiae și anexele sale vor fi imediat transmise părților pentru informare. (4) Documentele amicus curiae vor fi depuse în cursul procedurilor pentru evaluarea respectării hotărârilor sau pentru stabilirea măsurilor provizorii.

¹ F.J. Rivera Juaristi, op. cit., pp. 11-18.

se referă la una dintre limbile oficiale ale Curții, folosite frecvent în activitatea judiciară conform art. 22 din Regulile de Procedură ale Curții¹. Cerința referitoare la identitatea *amicus curiae* este expres menționată în art. 44 alin. (1) din Regulile de Procedură ale Curții amendate în noiembrie 2009 și este relaționată, din punctul nostru de vedere, cu cerința imparțialității *amicus curiae*.

Este limpede că nu putem evalua gradul de implicare/neimplicare a unei entități într-o cauză dată atât timp cât nu putem identifica entitatea respectivă. Mai mult, onorabilitatea intențiilor *amicus curiae* depinde inclusiv de actul stabilirii identității. În acest context, ne referim la ipostaza conform căreia recomandarea *amicus curiae* poate fi interpretată ca un mod onest al entității care dorește să acționeze ca *amicus curiae* de a se supune Regulilor de Procedură ale Curții și de a acționa pe căi legale în prezentarea opiniile sale relevante în speța dată spre soluționare. Dacă entitatea care dorește să acționeze ca *amicus curiae* refuză *ab initio* să se conformeze regulilor Curții, atunci pot fi supuse dubiului onorabilitatea propunerilor acesteia.

Finalmente, cerința utilității opiniei *amicus curiae* a fost susținută de Curte pe cale jurisprudențială, fără a fi însă definită *in expressis*. Suntem de părere că cerința utilității opiniei formulată de *amicus curiae* cuprinde o seamă de alte cerințe după cum urmează: (1) opinia trebuie să fie în legătură cu subiectul cauzei dezbătute; (2) opinia trebuie să aducă un element inovator care nu a fost utilizat de Curte anterior în argumentațiile sale jurisprudențiale; (3) elementul inovator trebuie să fie determinat pentru soluționarea cauzei în sensul în care acesta poate indica o soluție juridică, o interpretare ș.a. pe care Curtea nu le-a avut în vedere în activitatea sa până în prezent.

După cum am afirmat în rândurile de mai sus, nu există distincții *per se* între condițiile pe care trebuie să le îndeplinească instituția procedurală *amicus curiae* pentru a participa la procedura scrisă și regulile pe care această instituție trebuie să le îndeplinească pentru a participa la procedura orală. Cu toate acestea remarcăm că în cazul participării la procedura orală identificarea *amicus curiae* este mult mai lesnicioasă decât în cazul participării la procedura scrisă. Ne vedem nevoiți să aducem în discuție faptul că există o neconcordanță între participarea *amicus curiae* la procedura orală potrivit regulilor Curții și admiterea participării *amicus curiae* la procedura orală conform jurisprudenței Curții. Trebuie să menționăm că Regulile de Procedură ale Curții Inter-Americane consfințesc posibilitatea terților străini de proces să participe la procedura scrisă și la procedura orală a Curții; cu toate acestea, practica Curții nu a fost constantă cu privire la admiterea *amicus curiae* în procedurile scrise și orale. De regulă, *amicus curiae* participă la audierile publice ale Curții în cadrul procedurii consultative în schimb, participarea la procedura contencioasă a *amicus curiae* este serios limitată.

Opiniile *amicus curiae* sprijină Curtea în activitatea sa în special prin faptul că se referă atât latura de fapt cât și latura de drept a cauzei – după cum este precizat în definiția *amicus*

¹ Conform art. 22 din Regulile de Procedură ale Curții Inter-Americane a Drepturilor Omului aprobate de Curte în timpul Sesiunii Ordinare nr. XLIX ținută în perioada 16-25 noiembrie 2000 și amendate parțial de Curte în timpul sesiunii ordinare LXXXII desfășurată în perioada 19-31 ianuarie 2009, amendate în cadrul sesiunii ordinare LXXXV desfășurată în noiembrie în perioada 16-28 2009: (1) Limbile oficiale ale Curții vor fi cele ale Organizației Statelor Americane respectiv Spaniolă, Engleză, Portugheză și Franceză. (2) Limbile de lucru vor fi cele agreate de Curte în fiecare an. Cu toate acestea, într-un caz specific, limba statului respondent sau a statului petiționar poate fi adoptată ca limbă de lucru atât timp cât este una din limbile oficiale. (3) Limbile de lucru pentru fiecare caz vor fi determinate la începutul procedurilor. (4) Curtea poate autoriza orice persoană care apare în fața sa să utilizeze propria limbă dacă persoana în cauză nu are suficientă cunoștință cu privire la limbile de lucru. În asemenea circumstanțe, Curtea va face aranjamentele necesare pentru a asigura că un interpret este prezent pentru a traduce declarația într-una din limbile de lucru. Interpretul trebuie să depună un jurământ sau să facă o declarație oficială prin care se angajează să își îndeplinească îndatoririle corespunzător și să respecte natura confidențială a faptelor care îi atrag atenția în exercitarea funcțiilor sale. (5) Atunci când este necesar, Curtea va determina care text cuprins într-un ordin este autentic.

curiae oferită în art. 2 alin. (3) din Regulile de Procedură ale Curții amendate în ianuarie și noiembrie 2009.

Față de posibilitatea de a reține opiniile exprimate în documentele oferite de *amicus curiae* ca mijloc de probă, Curtea a statuat în mod limpede pe cale jurisprudențială¹ că *amicus curiae* nu poate fi privită ca o instituție care să asigure dovezi folosite în soluționarea cauzei. Cu toate acestea există nenumărate cauze în care Curtea decide să rețină date furnizate prin opinia *amicus curiae* ca mijloace de probă. Semnificativă în acest sens este cauza *Cotton Field* („Câmpul de bumbac”)² în soluționarea căreia Curtea a citat în trei rânduri opinia exprimată de *amici curiae* conform căreia uciderea celor trei femei din cauza respectivă poate fi calificată ca *femicid*.

Datorită gradului extins de recunoaștere de care beneficiază cauza *Câmpului de Bumbac*, vom rezerva o secțiune distinctă a lucrării noastre pentru a întreprinde o analiză sistematică asupra implicațiilor atrase de cauza citată asupra standardelor regionale de protecție a drepturilor femeii. În secțiunea următoare a lucrării noastre vom prezenta modul în care instituția *amicus curiae* a influențat dezvoltarea standardelor regionale în materia drepturilor femeii raportându-ne la: (1) opinia *amicus curiae* prezentată în cauza *Gretel Artavia Murillo și alții împotriva Costa Rica* referitoare la caracterul discriminatoriu al interdicției fertilizării *in vitro* asupra femeilor și asupra indivizilor nefertili; (2) opinia *amicus curiae* exprimată în cauza *Karen Atala și ficele împotriva Chile*, abordând subiectul orientării sexuale ca motiv discriminatoriu, respectiv subiectul privării reclamantei – mamă a trei fiice – de drepturile parentale invocându-se motivul orientării sale bisexuale; (3) opinia *amicus curiae* expusă în cauza *Ángela González Carreño împotriva Spaniei* care abordează principiul diligenței necesare (*due diligence*) aplicat subiectului violenței în funcție de gen.

○ II.6. Aplicații ale opiniilor *amicus curiae* în materia protecției drepturilor femeii

În cauza *Gretel Artavia Murillo și alții împotriva Costa Rica*, opinia *amici curiae* susținută de Human Rights Clinic din cadrul Școlii de Drept a Universității Texas și organizația The Equal Rights Trust³ prezintă un punct de vedere inovator, menit să combată acțiunea oficialilor din Costa Rica privitoare la tehnicile de reproducere asistată în general și la tehnicile de fertilizare *in vitro* în particular. Ideea esențială expusă în cadrul documentului oferit Curții de *amici curiae* mai sus numiți constă în demonstrarea caracterului discriminatoriu al interdicției la nivel național a practicii fertilizării *in vitro* asupra segmentului feminin, practica fiind evaluată ca o încălcare particulară a drepturilor femeii.

În expunerea situației de fapt, opinia *amici curiae* arată că deși permisă în perioada 1995-2000, fertilizarea *in vitro* a fost interzisă urmare a inițiativei Camerei Constituționale a Curții Supreme din Costa Rica în martie 2000 în temeiul argumentului încălcării dreptului la viață cuprins în art. 4 din Convenția Americană a Drepturilor Omului. Curtea a argumentat că procedeul fertilizării *in vitro* are o rată scăzută de succes, producând pierderea frecventă a

¹ În cauza *Pacheco Tineo Family vs. Bolivia*, hotărârea Curții de pe 25 noiembrie 2013, Curtea a tranșat posibilitatea de a utiliza opiniile exprimate de *amicus curiae* ca mijloc de probă în mod negativ, statuând că documentele *amicus curiae* nu pot fi considerate mijloace de probă *per se*.

² Cauza *Gonzalez et al. („Cotton Field”) v. Mexico*, hotărârea Curții pronunțată pe data de 16 noiembrie 2009.

³ The Human Rights Clinic at The University of Texas School of Law, The Equal Rights Trust, *Amicus Curiae on the Discriminatory Impact of the In Vitro Fertilization Ban on Women and Infertile Individuals*, Inter-American Court of Human Rights Case No: 12.361 *Gretel Artavia Murillo et al („In Vitro Fertilization”) v. Costa Rica*, pp. 1-20.

embrionilor rezultați în urma procesului și încălcând astfel dreptul la viață care este ocrotit potrivit prevederilor art. 4 alin. (1) din Convenția Americană încă din momentul concepției¹. Aducerea în discuție a dreptului la viață și punere în conexiune a încălcării dreptului la viață din momentul concepției cu interzicerea fertilizării *in vitro* constituie o problemă care, din punctul nostru de vedere, incumbă atât subiectului drepturilor femeii (din perspectiva nediscriminării) cât și subiectului factorului cultural (din perspectiva modului de înțelegere și ocrotire juridică a dreptului la viață). În primul rând, remarcăm faptul că recunoașterea dreptului la viață încă din momentul concepției este un aspect tributar factorului cultural manifestat pe filieră religioasă, doctrina catolică asumându-și un rol important în tranșarea acestei probleme. Admiterea începutului dreptului la viață încă din momentul concepției are repercusiuni asupra drepturilor femeii în privința limitării opțiunii acesteia de a apela la întreruperea sarcinii. Într-o secțiune anterioară a lucrării noastre am expus situația particulară a criminalizării avortului în statul federal Mexic. Pe de altă parte, suntem de părere că stabilind un asemenea mod de înțelegere a dreptului la viață, factorul cultural conlucrează cu cel legal pentru a descrie, în sarcina femeilor, o situație subordonată: atribuirea cvasi-obligatorie a statutului de mamă în sarcina femeilor prin instrumentul cultural al marianismului și prescrierea dreptului la viață al embrionului din momentul concepției determină o presiune exercitată asupra segmentului feminin cu privire la asumarea rolului matern și, implicit, cu privire la acceptarea sarcinilor indiferent de dorințele de dezvoltare personală sau de starea de sănătate. În contextul în care marianismul ca factor cultural purtător al influențelor religioase catolice leagă rolul de gen feminin de postura maternă iar cadrul legal reprezentat prin Convenția Americană alocă în *expresis* dreptului la viață o dimensiune generoasă de manifestare, este clar că în sistemul inter-american, segmentul feminin va achiesa la rolul de gen care i-a fost prescris. Având în conștiință acest climat, decizia autorităților din Costa Rica de a interzice practica fertilizării *in vitro* – menită să sprijine femeile infertile în sensul conformării cu standardul de gen fixat, este discriminatorie în sine. *Din punctul nostru de vedere, amici curiae se limitează în argumentarea lor la a exploata dimensiunea discriminatorie a actului interzicerii fertilizării in vitro, demonstrând impactul negativ pe care acest fapt îl determină asupra vieții femeilor, lăsând neexploatat actul discriminatoriu proliferat pe filieră culturală conform căreia feminitatea trebuie să fie indisolubil legată de calitatea de a fi mamă.*

După cum reține Comisia Inter-Americană, în cauza dată, interzicerea fertilizării *in vitro* ca formă de reproducere asistată constă într-o interferență nedorită și arbitrară în viața de familie, fiind totodată o încălcare a dreptului la nediscriminare menționat în art. 1² din Convenția Americană și în art. 24³ din același document. Pornind de la argumentul legal al nediscriminării opinia afirmată de *amici curiae* subliniază că deși interzicerea practicii fertilizării *in vitro* afectează deopotrivă persoanele infertile independent de gen (bărbați și femei), în practică, segmentul feminin este mai afectat decât cel masculin pentru aceea că femeile sunt implicate direct în actul reproducerii prin participare cu resursele lor fizice și psihice. Actul gravidității afectează exclusiv corpul mamei la fel și actul fertilizării *in vitro* – fapt

¹ Textul integral al art. 4 alin. (1) din Convenția Americană a Drepturilor Omului este următorul: *Fiecare persoană are dreptul la respectarea vieții. Dreptul acesta trebuie să fie protejat prin lege și, în general este protejat din momentul concepției. Nimeni nu va fi privat în mod arbitrar de viață.*

² Conform art. 1 din Convenția Americană a Drepturilor Omului, (1) *statele părți la această Convenție se obligă să respecte drepturile și libertățile recunoscute în conținutul Convenției și să asigure toate persoanele care sunt subiecte ale jurisdicției sale de exercițiul liber și total al acelor drepturi și libertăți fără discriminare bazată pe motive de rasă, culoare, sex, religie, politică sau altă opinie, origine națională sau socială, statut economic, naștere sau orice altă condiție socială.* (2) *Potrivit acestei Convenții, persoană înseamnă orice ființă umană.*

³ Conform art. 24 din Convenția Americană a Drepturilor Omului, *toate persoanele sunt egale în fața legii. Consecutiv, ele sunt îndrituite, fără discriminare, la o protecție egală din partea legii.*

pentru care, interzicerea fertilizării *in vitro* afectează în mod disproporționat femeile și bărbați, conducând la discriminarea segmentului feminin. Remarcând faptul că autoritățile din Costa Rica au ales să interzică din rândul practicilor de reproducere umană asistată doar fertilizarea *in vitro*, permițând în continuare practica donării de material seminal și practica inseminării artificiale, ajungem la concluzia discriminării indirecte a femeilor care sunt private de exercitarea drepturilor reproductive spre deosebire de bărbații infertili care pot recurge la o mamă surrogat în vederea obținerii unui copil biologic.

În altă ordine de idei, opinia exprimată de *amici curiae* în cauza *Karen Atala și fiicele v. Chile*¹ demonstrează încălcarea dreptului la viață privată al reclamantei în mod arbitrar și nejustificat pentru motivul orientării sale sexuale, respectiv pentru decizia reclamantei de a trăi cu o parteneră. În concret, *amici curiae* se referă la situația în care Curtea Supremă a statului Chile a decis să priveze reclamanta – mamă a trei fiice – de custodia asupra copiilor săi invocând ca motiv orientarea sexuală a mamei. În expunerea de motive realizată de către *amici curiae* a fost subliniată ideea exprimată anterior de Comisia Inter-Americană, în virtutea, căreia deși art. 1 din Convenția Americană a Drepturilor Omului nu enumeră expres în rândul criteriilor discriminatorii care sunt interzise de la aplicare criteriul orientării sexuale, acesta poate fi luat în considerare și interpretat ca aparținând textului Convenției în temeiul criteriului expres menționat *orice altă condiție*. În sprijinul opiniei formulate de *amici curiae* și susținută de Comisia Inter-Americană – conform căreia privirea mamei de drepturile parentale pentru motivul exclusiv al orientării sale sexuale este o încălcare a principiului nediscriminării și o violare flagrantă a drepturilor omului – *amici curiae* citează practica impusă de comunitatea internațională în privința subiectului (referindu-se în special la practica Curții Europene sau a Organizației Națiunilor Unite) care achiesează la poziția exprimată în opinia *amici curiae*. Dacă la nivel legal cauza *Karen Atala* este clară, fiind un exemplu evident de încălcare a drepturilor omului prin discriminarea în funcție de orientarea sexuală, la nivel cultural, cauza relevă unele aspecte de interes. Opinia *amici curiae* nu a desconsiderat relevanța pe care factorul cultural o are asupra cauzei, urmărind să sublinieze implicațiile culturale prin studierea unei alte spețe cu un subiect analog. Astfel, opinia *amici curiae* subliniază că speța *Karen Atala* prezintă similitudini cu speța *Marta Lucia Alvarez Giraldo împotriva Columbiei*² care tratează orientarea sexuală a deținutei Marta Lucia Alvarez Giraldo ca motiv discriminatoriu.

În fapt, reclamantei (de orientare sexuală lesbiană) i se negase dreptul la vizită conjugală motivându-se că vizitele conjugale desfășurate între persoane de același sex ar putea să perturbe climatul de liniște și ordine existent în centrul de detenție. Am reținut ca element de interes argumentul cuprins în motivarea oferită de oficialii centrului de deținere în temeiul căruia *cultura latino-americană manifestă puțină toleranță față de practicile homosexuale*. Invocând din nou *conceptele femicidului și marianismului ca instrumente definitorii pentru încadrarea rolurilor de gen în cultura latino-americană, avansăm ideea potrivit căreia idealul feminin în sistemul inter-american de drept trebuie să corespundă submisivității față de autoritatea masculină și devotamentului față de copii și soț*. În cele două spețe prezentate – *Karen Atala și*

¹ Amnesty International, ARC International, Center for Constitutional Rights, Consultaría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, Council for Global Equality Human Rights Watch International Gay and Lesbian Human Rights Commission, International Women's Human Rights Clinic at the City University of New York School of Law, Lawyers for Children, Inc., Legal Aid Society of New York, Legal Momentum, MADRE, National Center for Lesbian Rights, National Economic and Social Rights Initiative, New York City Bar Association, Women's Link Worldwide, *amici curiae* brief în cauza *Karen Atala și fiicele (Case 12.502) împotriva Chile* CDH-S/2092, pp. 1-63.

² Cauza *Marta Lucia Álvarez Giraldo v. Colombia*, Cauza nr. 11.656, Comisia Inter-Americană a Drepturilor Omului, Raportul nr. 71/99.

Maria Lucia Alvarez Giraldo profilul feminin descris (având orientare sexuală lesbiană) nu corespunde idealului feminin impus pe filieră culturală: cele două femei nu acceptau autoritatea masculină (*machismo*) și înțelegeau întemeierea unei familii în mod diferit, prin alegerea unui partener de același sex. Suntem de părere că în situația în care explicăm pe filieră culturală discriminarea produsă în cele două cauze, motivația se află în structurile puternic patriarhale care încă există în sistemul regional inter-american și care, de cele mai multe ori, sfidează și încalcă drepturi fundamentale ale omului (în cazurile de față fiind violate dreptul la viață privată și dreptul la întemeierea unei familii).

Discriminarea femeilor prin proliferarea violenței bazată pe gen este abordată direct de opinia emisă de *amici curiae* în cauza *Angela Gonzales Carreño împotriva Spaniei*¹. De această dată, violența manifestată în funcție de criterii de gen a fost prezentată prin intermediul principiului *diligentei necesare* (*due diligence*), opinia *amicus curiae* dovedindu-se inovatoare prin prisma abordării propuse. După cum arată opinia *amicus curiae*, violența împotriva femeilor în cadrul sistemului inter-american de drept se impune a fi analizată prin mijloace specifice, principiul *due diligence* fiind unul dintre instrumentele pertinente pentru îndeplinirea acestui obiectiv. Trebuie să menționăm că specificitatea principiului *due diligence* rezultă din modul de reglementare la nivel regional – bazele legale ale acestuia rezultând din prevederile Convenției Americane a Drepturilor Omului [art. 1 alin. (1) și art. 2²] dar și din prevederile Convenției Inter-Americane Pentru Prevenirea, Pedepsirea și Eradicarea Violenței împotriva Femeilor (cunoscută și sub denumirea de Convenția Belem do Para) (art. 7)³.

Studiul textelor Convențiilor menționate ne conduce la ideea conform căreia cea mai simplă explicație a principiului *due diligence* constă în obligația impusă statelor de a acționa de natură să întreprindă orice măsură pe care o consideră necesară pentru a stopa încălcarea drepturilor și libertăților menționate în Convenția Americană a Drepturilor Omului sau pentru

¹ Communication to the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women *Amicus Curiae*, The Due Diligence Principle in the Inter-American System Applied to Gender-Based Violence, *Case Ángela González Carreño v. Spain*, Communication no. 47/2012.

² Potrivit art. 2 din Convenția Americană a Drepturilor Omului, atunci când exercițiul drepturilor și libertăților la care face referire art. 1 nu este asigurat prin prevederi legislative sau alte prevederi, Statele Părți se angajează să adopte, în acord cu procesele lor constituționale și cu prevederile Convenției, măsurile legislative sau orice alte măsuri care sunt necesare să pună în aplicare acele drepturi.

³ Conform art. 7 din Convenția Inter-Americană Pentru Prevenirea, Pedepsirea și Eradicarea Violenței împotriva Femeilor, Statele Părți condamnă toate formele de violență împotriva femeilor și cad de acord să urmărească, prin toate mijloacele potrivite și fără întârziere, politicile necesare pentru a preveni, pedepsi și eradică violența și să îndeplinească următoarele: a. Să se abțină de la a se angaja în orice act sau practică de violență împotriva femeilor și să se asigure că autoritățile, oficialii, personalul, agenții și instituțiile sale acționează în conformitate cu această obligație; b. Să aplice diligența necesară pentru a preveni, a investiga și a impune pedepse pentru violența împotriva femeilor; c. Să includă în legislația națională prevederi penale, civile, administrative sau de orice altă natură care sunt necesare pentru a preveni, pedepsi și eradică violența împotriva femeilor și să adopte măsurile administrative potrivite acolo unde este necesar; d. Să adopte măsuri legale prin care să solicite agresorului să se abțină de la a hărțui, a intimida sau a amenința femeile sau să se abțină de la a folosi orice altă metodă care dăunează sau pune în pericol viața, integritatea femeii sau care îi aduce daune proprietății sale; e. Să ia toate măsurile necesare, inclusiv măsuri legislative pentru a amenda sau să abroge legile și regulamentele deja existente sau să modifice practicile legale sau cutumiare care susțin persistența și tolerarea violenței împotriva femeilor; f. Să stabilească în mod corect și efectiv procedurile legale pentru femeile care au fost subiect al violenței care să includă, printre altele, măsuri de protecție, o audiere oportună și acces efectiv la aceste proceduri; g. Să stabilească mecanismele legale și administrative care sunt necesare pentru a asigura că femeile care sunt subiect al violenței au acces efectiv la restituire, reparații sau alte remedii juste și efective; h. Să adopte măsurile legislative sau alte măsuri care sunt necesare pentru a oferi efect legal acestei Convenții.

a stopa violența de gen după cum stipulează Convenția Belem do Para. Pe cale jurisprudențială¹ a fost dezvăluită o semnificație mult mai elaborată care poate fi atașată principiului *due diligence*, acesta din urmă fiind înfățișat sub forma unui principiu primordial care cuprinde mai multe reguli subsecvente: *due diligence este o formă de acțiune pozitivă care derivă din îndatorirea generală de a respecta drepturile fundamentale; principiul are în componența sa 4 elemente majore: (1) oficialii sunt datori să prevină violările drepturilor omului; (2) investigarea, de către autoritățile statale, în mod prompt și efectiv a oricăror încălcări ale drepturilor menționate în documentele internaționale cu finalitatea de a identifica persoanele care se fac vinovate de aceste încălcări; (3) desfășurarea de activități pentru investigarea și pedepsirea responsabililor; (4) statul este dator să asigure reparații victimei cu mențiunea că deși acțiunile de încălcare a drepturilor omului provin de la actori privați, statul poate fi tras la răspundere, fiindu-i imputate acțiunile săvârșite în încălcarea dreptului internațional.*

Prevenirea violărilor drepturilor omului poate fi concepută ca o dimensiune amplă care constă în *responsabilitatea statală de a crea condiții propice pentru ca drepturile omului să fie respectate*. După cum nota *amicus curiae* în opinia exprimată, dacă am particulariza principiul diligenței necesare aplicându-l problemei drepturilor femeii și în special violenței împotriva femeilor (inclusiv în forma cea mai gravă a acesteia definită ca femicid), prevenția capătă o conotație diferită. Aceasta semnifică luarea în considerare a factorului cultural și solicită statelor să adopte măsurile necesare pentru a modifica tiparele sociale și culturale de comportament ale bărbaților și ale femeilor astfel încât să elimine prejudecățile, practicile cutumiare sau alte practici care promovează ideea inferiorității sau superiorității oricăruia dintre sexe. Este subliniată în continuare ideea că simpla adoptare a unor standarde menite să neutralizeze practicile cutumiare stereotipe nu este suficientă pentru ca statele să îndeplinească obligația derivată din principiul diligenței necesare. În acest sens, implementarea în practică a acestor standarde și diseminarea lor pot fi evaluate ca îndeplinirea indicatorului prevenirii stabilit sub cerința principiului *due diligence*.

Cea de-a doua dimensiune a principiului diligenței necesare se raportează la obligația de a investiga încălcările în materia drepturilor omului. Conform soluțiilor jurisprudențiale² pentru ca investigările solicitate să fie întreprinse în mod real este necesar ca oficialii să desfășoare activități susținute definite prin investigații de teren și întâlniri cu martorii iar activitățile întreprinse trebuie să fie conduse cu bună-credință, în mod susținut, serios, prompt, detaliat și imparțial. *Suntem de părere că în contextul în care încălcările drepturilor omului privesc violențele îndreptate împotriva femeii, oficialii trebuie să aplice în investigații criteriul discriminatoriu suspect al sexului. După cum afirmă amicus curiae în documentul prezentat, investigațiile care au ca scop restabilirea unei încălcări a drepturilor femeii trebuie să fie conduse de către oficiali având permanent prezentă dimensiunea genului.*

Finalmente, cerința investigării și pedepsirii responsabililor pentru încălcarea drepturilor femeii precum și cerința oferirii de reparații victimei sunt reunite sub imperiul celerității. Pentru a fi eficiente, cele două reguli trebuie să fie realizate într-un interval de timp rezonabil, în caz contrar, tragerea la răspundere a responsabililor nu va atinge efectul corectării comportamentului deviant al acestor persoane și nici nu va asigura restabilirea echilibrului dintre responsabili și victimă/familia victimei care a fost încălcat.

Analiza principiului *due diligence* în contextul consolidării protecției drepturilor omului și a drepturilor femeii nu este facilă deoarece, astfel cum a fost demonstrat în opinia *amicus*

¹ Cauza *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, Curtea Inter-Americană a Drepturilor Omului, seria C, Nr. 4, 29 iulie, 1988.

² Cauza *Jessica Lenahan (Gonzales) et al. v. United States*, Cauza nr. 12.626, Comisia Inter-Americană a Drepturilor Omului, Raportul 80/11, 2011.

curiae exprimată în cauza *Angela Gonzales Carreño împotriva Spaniei*, principiul *due diligence* este în strânsă legătură cu principiul nediscriminării, toate cele 4 dimensiuni ale principiului diligenței necesare trebuie să fie tratate în mod egal în sensul în care trebuie să le fie acordată o importanță egală. În altă ordine de idei, nediscriminarea în aplicarea principiului *due diligence* admite că cele patru dimensiuni conținute (*prevenirea actelor de încălcare a drepturilor omului, investigarea violărilor drepturilor omului, pedepsirea responsabililor și acordarea de reparații victimelor*) trebuie să fie îndeplinite în mod egal de către statele membre ale sistemului inter-american, fără ca unele să fie privilegiate sau altele discriminate. *Suntem de părere că în aplicarea principiului due diligence pentru protecția grupurilor vulnerabile dintre care femeile ocupă un loc special, dimensiunile descrise trebuie să fie îndeplinite la un nivel superior, fiind avută mereu în vedere perspectiva genului.*

III. Analiza teoriei nediscriminării prin raportare la documentele-cadru ale sistemului de drept inter-american

○ III.1. Declarația Americană a Drepturilor și Obligațiilor Omului

Declarația Americană a Drepturilor și Obligațiilor Omului¹ consacră în conținutul său nevoia de sistematizare a dezideratelor la care aderă statele din regiunea inter-americană în materia protecției drepturilor omului. Deși obținută în urma a multiplelor tentative întreprinse de statele membre ale Organizației Statelor Americane, Declarația Americană constituie dovada palpabilă a idealurilor de umanitate și justiție la care aspiră popoarele din regiune.

Analiza diacronică a statornicirii Declarației Americane a Drepturilor și Obligațiilor Omului face trimitere la cea de-a 8-a Conferință Internațională a Statelor Americane desfășurată în Peru, Lima, în 1938 când au fost adoptate documente care au precedat adoptarea Declarației și au creat premisele necesare creării sale. Evenimentul de la Lima a adus în atenția statelor din sistemul inter-american de protecție a drepturilor omului probleme specifice care au fost adresate prin adoptarea de decizii punctuale². Ulterior, statele din regiune au înțeles ca pe o necesitate de prim rang abordarea consecințelor negative generate de cea de-a doua Conflagrație Mondială în Europa și au procedat la organizarea unei noi conferințe menită să abordeze problema păcii și a războiului.

În consecință, o nouă Conferință Internațională a fost organizată sub auspiciile statelor din sistemul inter-american aceasta desfășurându-se în perioada februarie-martie 1945 în Mexic. Cele mai vizibile rezultate ale Conferinței au fost sintetizate în Rezoluția XXVII referitoare la Libertatea Informației și în Rezoluția XL cu privire la protecția internațională a drepturilor fundamentale ale omului. Cele două documente continuă ideile lansate în 1938 cu privire la consolidarea protecției în materia drepturilor omului însă particularizează subiectul protecției drepturilor omului prin sublinierea importanței pe care protecția și promovarea drepturilor omului o dețin la nivel internațional. Mai mult, este observată nevoia consacării la nivel regional a unui document de resort care să dețină vizibilitate internațională întrucât protecția internațională a drepturilor omului și obținerea unui climat de pace sunt obiective complementare, care necesită o abordare simultană și interdependentă.

¹ American Declaration on the Rights and Duties of Man, OAS Resolution XXX, adopted 2 May 1948, reprinted in Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System, OAS Doc. 1999.

² Menționăm că în cadrul celei de-a 8-a Conferințe Internaționale a statelor din sistemul inter-american de drept au fost adoptate decizii cu privire la *libertatea de asociere și de exprimare a claselor muncitoare*, respectiv cu privire la *drepturile femeii în acest sens fiind adoptată Declarația de la Lima în favoarea Drepturilor Femeii*.

Stabilind legătura între protecția drepturilor omului și asigurarea unui climat de pace și securitate, în 1947, în Brazilia, la Rio de Janeiro, statele din sistemul inter-american au dovedit disponibilitate în abordarea inter-relaționată a celor două aspecte, menționând în preambulul Tratatului Inter-American de Asistență Reciprocă adoptat cu această ocazie: *pacea este fundamentată pe justiție, ordine morală și, consecutiv, pe recunoașterea internațională și protecția drepturilor și libertăților omului*¹.

La cea de-a 9-a Conferință Internațională a Statelor Americane desfășurată în mai 1948, statele părți au adoptat un document programatic în domeniul drepturilor omului a cărui finalitate consta în trasarea liniilor generale ale ideilor provenite de la statele părți referitoare la democrație și drepturile omului și în reunirea acestor idei într-un catalog proclamator de drepturi civile, politice, economice, sociale și culturale.

Documentul programatic destinat drepturilor omului, lipsit la început de forță juridică obligatorie, s-a concretizat în *Declarația Americană a Drepturilor și Obligațiilor Omului*. Declarația precede Declarația Universală a Drepturilor Omului și se recomandă ca un document mai extins în conținut și similar ca ideologie prin comparație cu documentul onusian. Cele două declarații se aseamănă prin puterea moral-politică pe care o dețin (având prezent amendamentul conform căruia în sistemul inter-american de drept, Declarația Americană va dobândi, în timp, caracterul unui act apt să determine obligații în sarcina statelor părți) și prin teoria dreptului natural pe care o promovează. Apropiate printr-o asemănare genuină la nivel ideatic, Declarația Universală a Drepturilor Omului și Declarația Americană a Drepturilor și Obligațiilor Omului afirmă o doctrină a drepturilor omului care pre-datează statului și corespunde indivizilor indiferent de calitatea lor de cetățeni ai unui stat².

În rândurile subsecvente vom prezenta particularitățile Declarației Americane a Drepturilor și Obligațiilor Omului printr-o analiză de natură mixtă (care ia în considerare particularitățile Declarației prin individualizarea particularităților sale folosind, în același timp, și tehnica comparativă prin apel la modelul Declarației Universale a Drepturilor Omului). Interesul cercetării va avea în vedere aspectele legate de egalitate și nediscriminare.

Partea ante-preambulară a Declarației Americane demonstrează teoria dreptului natural prin formularea regăsită în cuprinsul celui de-al doilea paragraf: *Statele Americane au recunoscut în repetate ocazii că drepturile esențiale ale omului nu derivă din faptul că individul are naționalitatea unui anumit stat ci se bazează pe atributele personalității sale umane*. Fiind deschis raționamentul importanței protecției drepturilor omului ca *date naturale ale umanității*, paragraful următor al părții ante-preambulare Declarației Americane atestă că *protecția internațională a drepturilor omului trebuie să fie privită precum principiul călăuzitor al evoluției dreptului american*.

Preambulul Declarației Americane explicitează, în opinia noastră, două componente de substanță regăsite în titlul acestui document: *componenta drepturilor și componenta obligațiilor*. Spre deosebire de Declarația adoptată de sistemul onusian de drept care stabilește în titlul său *drepturile* ca referențial de analiză, Declarația de la nivel inter-american subliniază inclusiv latura obligațiilor și corelația necesară existentă între drepturi și obligații. Primul paragraf al Preambulului Declarației Americane enunță și pune în relație două prerogative umane: *libertatea și egalitatea* care, la rândul lor, evocă două atribute umane asupra cărora au putere de acțiune: *demnitatea și dreptul*. Odată stabilit faptul în temeiul căruia că toți oamenii se nasc liberi și egali în demnitate și în drepturi, finalul celui de-al doilea paragraf al părții

¹ American Declaration on the Rights and Duties of Man, OAS Resolution XXX, adopted 2 May 1948, reprinted in Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System, OAS Doc. 1999.

² S. Lyons, *The Universal Declaration Of Human Rights and the American Convention on Human Rights; Comparing Origins, Manifestations and Aspirations*, Master Thesis for the LLM Program, Department of Law, University of Gothenburg, School Of Business, Economics and Law, pp. 21-26.

preambulare explică modul în care se intersectează latura drepturilor și cea a obligațiilor cu valorile libertății și demnității. Astfel, drepturile simbolizează exercitarea libertăților individuale în timp ce obligațiile concentrează demnitatea care trebuie să se regăsească în toate actele umane exercitate în mod liber¹.

Considerăm de egal interes perspectiva pe care preambulul Declarației Americane o adoptă relativ la factorul cultural. Referirile la cultură din ultimele două paragrafe ale preambulului sunt consecințe firești ale tiparelor mentale existente în forul intern al popoarelor din sistemul inter-american care dețin o pondere importantă în modul de desfășurare al relaționării inter-umane. Demonstrația implicațiilor aduse de conceptele marianismului, machismului sau femicidului întreprinsă într-o secțiune anterioară a lucrării noastre, nu este conjuncturală ci prescrie un adevăr uman proliferat pe filieră istorică în această regiune.

Din punctul nostru de vedere, mențiunea despre factorul cultural în conținutul părții preambulare a unui document menit să protejeze drepturile omului atrage două consecințe: (1) factorul cultural – deși intrinsec legat de teoria drepturilor omului, – trebuie să fie exercitat într-un sens care să aducă dezvoltarea spirituală a existenței umane la nivelul cel mai înalt; (2) factorul cultural se dorește a fi complementar teoriei drepturilor omului astfel încât să potențeze sfera drepturilor omului, fără a constitui un prilej de încălcare a demnității umane. Această idee este întărită de afirmația extrasă din ultimul paragraf al preambulului Declarației: conduita morală constituie cel mai nobil mod de a dezvolta cultura.

Cele 38 de articole ale Declarației respectă organizarea duală dictată de doctrina drepturi-obligații expusă în partea introductivă, cele 38 de articole fiind divizate în două capitole dintre care unul corespunde drepturilor iar celălalt se referă la obligații.

Este limpede de anticipat că partea cea mai dezvoltată a Declarației este reprezentată de Capitolul 1 – Drepturi, aici incluzându-se intercalat drepturi civile și politice dar și drepturi economice, sociale și culturale – de la dreptul la viață, libertate și securitate personală la dreptul de azil.

Un aspect autonom inclus în capitolul destinat drepturilor rezidă în art. XXVIII și se referă la scopul drepturilor omului. Suntem de părere că dispoziția ante-enunțată stabilește, în *expressis verbis*, limitele legitime ale aplicării drepturilor consacrate de Declarație, stipulând în acest sens: *drepturile celorlalți, securitatea publică, cererile juste întemeiate pe bunăstarea generală și evoluția democrației*. Rațiunea de a fi a art. XXVIII constă în sublinierea lipsei caracterului absolut al drepturilor înscrise în Declarația Americană, adaptând totodată teoria dreptului natural identificată anterior în analiza noastră precum element stabilit în partea de introducere a acestui document. Teoria dreptului natural izvorăște din idei simple care au la bază ipoteza existenței umane despărțită de stat: (1) drepturile omului se cuvin oamenilor în temeiul demnității lor care decurge de la natură; (2) drepturile omului se cuvin indivizilor în temeiul calității umane, independent de apartenența cetățenească la un anumit stat. Limitarea exercițiului drepturilor incluse în Declarație prin apel la concepte instrumentate pentru a caracteriza binele colectiv (*securitatea publică, bunăstarea generală, asigurarea evoluției sistemului democratic de guvernământ*) arată că aceste drepturi au ca spațiu de exercitare statul iar esența acestora trebuie să fie înțeleasă în lăuntru rigurilor statale. Cea de-a doua parte a Declarației Americane este consacrată obligațiilor și se întinde pe 10 articole, stabilind de la obligații față de societate (art. XXIX) până la obligații față de abținerea de la a participa la activitățile politice dintr-o țară străină (art. XXXVIII).

Dreptul la egalitate este dezvoltat în Declarație în art. II, sub denumirea de *egalitate în fața legii* și are următorul conținut: *toate persoanele sunt egale în fața legii și au drepturile și obligațiile stabilite în această Declarație, fără distincție în privința rasei, sexului, limbii,*

¹ Pentru detalii suplimentare, a se consulta S. Lyons, *op. cit.*, pp. 21-26.

credințelor sau în privința oricărui alt factor. Suntem de părere că există o discordanță între titlul art. II și conținutul enunțat de acesta. În speță, art. II din Declarație enunță egalitatea sub titlul *egalitatea în fața legii* în timp ce conținutul prezentului articol poate fi descompus în două dimensiuni autonome: (1) egalitatea în fața legii – corespunzătoare primei teze a art. II (*toate persoanele sunt egale în fața legii*) și (2) egalitatea între indivizi în calitate de titulari ai drepturilor și obligațiilor stabilite prin prezenta Declarație – corespunzătoare celei de-a doua teze a art. II din Declarație (*toate persoanele (...) au drepturile și obligațiile stabilite în această Declarație, fără distincție în privința rasei, sexului, limbii, credințelor sau în privința oricărui alt factor*). Este interesant de notat că ambele standarde ale egalității interzic distincțiile în funcție de aceleași criterii discriminatorii (*rasă, sex, limbă, credințe*), menținând deschisă lista criteriilor discriminatorii prin formularea *oricărui alt factor*.

Finalmente, este demn de menționat că în materia drepturilor femeii nu există prevederi exprese în Declarație. Singura prevedere este menționată în art. VII și vizează femeia în calitate de mamă, fiindu-i asigurată o protecție specială în perioada nașterii și alăptării.

III.2. Convenția Americană a Drepturilor Omului

Având ca precursorare Declarația Americană a Drepturilor și Obligațiilor Omului, Convenția Americană a Drepturilor Omului urma să se constituie în sistemul inter-american de drept pe poziția unui document care să ofere forță juridică obligatorie unor standarde morale desemnate în manieră generală de Declarație. Doctrina¹ remarcă foaia de parcurs a devenirii juridice a Convenției, identificând primul pas în *Conferința Inter-Americană pe Probleme de Război și Pace* desfășurată în 1945, în Mexic. Cu acest prilej, Comitetul Juridic Inter-American a fost solicitat să redacteze un document relevant în materia drepturilor omului la nivel regional. Ideea a fost preluată și dezvoltată în cadrul celei de-a 5-a întâlnire a miniștrilor de afaceri externe desfășurată în Santiago, Chile în 1959, în această conjunctură fiind articulată și denumirea de *convenție* pe care urma să o poarte documentul. Adoptarea Convenției Americane a fost posibilă prin organizarea Conferinței Inter-Americane specializate pe probleme de drepturi ale omului desfășurată în San Jose, Costa Rica, în perioada 7-22 noiembrie 1969. Conferința a constituit pretextul pentru întrunirea experților de la nivel regional în vederea evaluării variantelor redactate la epoca faptelor cu scopul de a alege varianta pertinentă a fi transformată în Convenție. Urmare a Conferinței de la San Jose a fost adoptată Convenția însă documentul a intrat în vigoare la 18 iulie 1978, după depunerea la Secretariatul General al Organizației Statelor Americane a celui de-al 11-lea document de ratificare².

Vis-a-vis de realizarea adoptării și intrării în vigoare a Convenției Americane a Drepturilor Omului, literatura de specialitate a exprimat puncte de vedere diferite, fie comparând situația cu un progres vizibil în materia protecției drepturilor omului la nivel regional³, fie analizând situația ca pe o dificultate suplimentară⁴ în contextul coexistenței Declarației Americane și Convenției Americane sub aceleași coordonate juridice. *Considerăm că ultima idee enunțată este inedită prin noutatea adusă: adoptarea și ratificare Convenției Americane a determinat instituirea, la nivel regional, a unui sistem dual de protecție a drepturilor omului, sistem care, deși*

¹ The Organization Of American States, Inter-American Court of Human Rights, *Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System*, 2012, p. 9.

² *Ibidem*.

³ Pentru mai multe detalii a se consulta T.M. McCann, *Toward Uniform Interpretation of Human Rights Law*, Fordham International Law Journal, Volume 6, Issue 3, The Berkeley Electronic Press, 1982, p. 627.

⁴ R.K. Goldman, *History and Action: the Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights*, Human Rights Quarterly, American University Washington College, 2009, p. 866.

consolidează obiectivul protecției drepturilor omului, poate determina confuzie. În mod concret, Convenția Americană nu anulează Declarația Americană. Accederea la Convenția Americană a Drepturilor Omului a constituit o opțiune pentru statele din regiune și nu o obligație. În consecință, adoptarea Convenției Americane a Drepturilor Omului va determina un nou cadru legal-obligatoriu pentru statele care au ales să fie părți la acest document, în timp ce, Declarația Americană a Drepturilor și Obligațiilor Omului va continua să existe pentru statele din regiune care nu au ratificat Convenția, stabilind pentru acestea standardele de urmat în materia drepturilor omului.

Apreciez că dualitatea susținută în literatura de specialitate există doar în parametri formali, nu și în parametri substanțiali. Dacă avem în vedere drepturile garantate de cele două documente, observăm că Declarația Americană are o arie mai extinsă de cuprindere, incluzând drepturi din ambele generații (politice și civile; economice, sociale și culturale), spre deosebire de Convenția Americană al cărui conținut este centrat asupra drepturilor civile și politice. Nu putem nega evidența conform căreia latura destinată drepturilor economice, sociale și culturale nu este exclusă din conținutul Convenției Americane însă dezvoltarea acesteia este precară, constând dintr-un singur text statuat în art. 26 sub titlul *Dezvoltare progresivă*¹.

Conștientizând limita neabordării drepturilor economice, sociale și culturale, în cadrul celei de-a 18-a sesiuni ordinare, Adunarea Generală a deschis spre semnare Protocolul Adițional la Convenția Americană în Domeniul Drepturilor Economice, Sociale și Culturale, adoptat pe 16 noiembrie 1988. Rațiunea adoptării Protocolului de la San Salvador² cu privire la drepturile economice, sociale și culturale este precizată de preambulul Protocolului: *având conștiința faptului că deși fundamentul drepturilor economice, sociale și culturale a fost recunoscut în instrumentele internaționale anterioare de la nivel regional și internațional, este esențial ca aceste drepturi să fie reafirmate, dezvoltate, perfectate și protejate cu scopul de a consolida în America, pe baza principiului respectului deplin pentru drepturile individului, forma de guvernământ a democrației reprezentative precum și drepturile popoarelor sale la dezvoltare, auto-determinare și dispunere liberă de bogăție și resurse naturale.*

De asemenea, Convenția Americană a Drepturilor Omului a fost amendată prin Protocolul adoptat în cadrul celei de-a 20-a sesiuni ordinare a Adunării Generale a Organizației Statelor Americane desfășurată în 1990 în Asuncion, Paraguay. Protocolul aborda problematica pedepsei cu moartea, urmărind să interzică practicarea acesteia tuturor statelor aflate sub jurisdicția sa. Articolul 2 din Protocol stabilește o interdicție cvasi-generală a aplicării pedepsei cu moartea în sarcina statelor din jurisdicția sa, cu amendamentul conform căruia la momentul ratificării sau accesării Protocolului, statele în cauză pot declara rezerve față de dispoziția ante-menționată, reținând dreptul de a aplica pedeapsa capitală în timp de război, în acord cu dreptul internațional și pentru crime extrem de serioase de natură militară³.

Relativ la ilustrarea valorii egalității în conținutul Convenției Americane, putem afirma că la o primă vedere, aceasta este omisă din cuprinsul respectivului document. Deși art. 24 din Convenția Americană reglementează *dreptul la o protecție egală în fața legii*, dispozițiile în cauză sunt sintetice, limitând în aparență prerogativa de interpretare: *toate persoanele sunt egale în fața legii, în consecință, ele sunt îndrituite, fără discriminare, la protecția egală în fața legii.*

¹ Conform Capitolului III, art. 26 din Convenția Americană a Drepturilor Omului, *Statele Părți vor adopta măsuri, atât în plan intern cât și la nivelul cooperării internaționale, în special măsuri de natură economică și tehnică având în vedere obținerea progresivă, prin mijloace legislative sau prin alte mijloace potrivite, realizarea integrală a drepturilor aferente standardelor economice, sociale, educaționale, științifice, culturale stabilite în Carta Organizației Statelor Americane astfel cum a fost amendată prin Protocolul de la Buenos Aires.*

² S. Lyons, op. cit., pp. 22-26.

³ Ibidem.

Tentativele doctrinare de interpretare a unor dispoziții atât de tehnice precum cele ante-menționate au fost deosebit de flexibile. Cercetătorul Marco Gerardo Monroy Cabra avansează, vis-a-vis de conținutul succint al art. 24, un comentariu filozofic, centrat pe doctrina romană și cea creștină – pe care le așază în opoziție în vederea sublinierii esenței egalității.

În cuvintele lui Cabra, *doctrinei romane care accepta sclavia i se opune doctrina creștină a egalității indivizilor în fața lui Dumnezeu; (...) egalitatea (completarea noastră) este un principiu de drept recunoscut de constituții și coduri cu atât mai mult cu cât sistemele democratice de guvernământ resping privilegiile. Egalitatea în fața legii este prezumată a preveni orice posibilă discriminare bazată pe rasă, culoare, limbă, religie, credințe politice sau de altă natură, origine națională, socială, economică sau statut dobândit prin naștere*¹.

Suntem de părere că perspectiva lui Cabra este mult prea elaborată prin raportare la textul legal luat în discuție. Din punctul nostru de vedere, art. 24 din Convenția Americană oferă, în cea de-a doua teză, o cuantificare a valorii egalității în fața legii – valoare care, de altfel, a fost enunțată laconic în prima teză a aceluiași articol. Mai clar, dacă în partea de început, art. 24 enunță cu titlu de principiu toate persoanele sunt egale în fața legii, explicația ulterioară a principiului și, în consecință, cuantificarea lui, este realizată în cea de-a doua teză: în consecință, ele sunt îndrituite, fără discriminare, la protecție egală în fața legii. Este limpede că textul Convenției stabilește o corelație directă între egalitatea indivizilor în fața legii și dreptul acestora la o protecție egală (fără discriminare) în fața legii. Egalității ca valoare (teza întâi) îi corespunde dreptul la nediscriminare (teza a doua), cele două concepte fiind utilizate interșanjabil – această observație fiind în acord cu ideile exprimate asupra teoriei egalității într-o secțiune anterioară a lucrării noastre. Față de ideile extrase pe cale interpretativă din conținutul art. 24 al Convenției Americane, ideile lui Cabra sunt mult mai extinse, fiind rezultatul concepției culturale a autorului – care evidențiază situația politico-juridică dificilă experimentată de statele din America Centrală și de Sud. Cercetătorul leagă egalitatea de regimurile democratice reprezentative în care privilegiile sunt excluse, observând avantajele acestui regim de guvernământ în opoziție cu dictaturile militare atât de frecvent întâlnite în sistemul inter-american. Prin observațiile sale, Cabra extinde dreptul la nediscriminare stabilit în cea de-a doua teză a art. 24, menționând, cu titlu exemplificativ, criteriile discriminatorii. După cum am anticipat, apreciem demersul lui Cabra ca fiind o interpretare extensivă a normei cuprinsă în art. 24 care fără a fi în mod necesar eronată, omite conexiunea directă pe care textul Convenției o propune a fi realizată între egalitatea în fața legii a cetățenilor și corespondentul juridic al acesteia care rezidă în dreptul la nediscriminare.

Din punctul nostru de vedere, art. 1 din Convenția Americană a Drepturilor Omului stabilește o teorie a egalității care este ilustrată în mod direct prin raportare la conținutul acesteia. Este interesant de observat că dacă egalitatea în fața legii este menționată în cuprinsul Convenției în art. 24 sub titulatura de drept, art. 1 din Convenție prezintă nediscriminarea în exercitarea drepturilor și libertăților din cuprinsul acesteia sub titulatura obligației de a respecta drepturile. Prin plasarea nediscriminării în exercitarea drepturilor și libertăților înscrise în Convenția Americană în conținutul Capitolului I – Obligații generale, se dorește promovarea unei perspective inovatoare asupra egalității în sistemul inter-american de drept, conform căreia egalitatea (sub forma dreptului la nediscriminare) poate fi folosită ca o **garanție** care să asigure exercitarea liberă și deplină a acelor prerogative. Formularea utilizată în textul Convenției este suficient de limpede pentru stabilirea unei atare concluzii. Potrivit art. 1 alin. (1) din Convenția Americană, statele părți la această Convenție se angajează să respecte drepturile și libertățile cuprinse în conținutul său și să asigure tuturor persoanelor supuse jurisdicției lor exercițiul liber

¹ Marco Gerardo Monroy Cabra, *Rights And Duties Established By The American Convention On Human Rights*, The American University Law Review, vol. 30, 1981, p. 56.

și complet al acelor drepturi și libertăți, fără discriminare pe motive de rasă, culoare, sex, limbă, religie, opinie politică sau altă opinie, origine națională sau socială, statut economic, naștere sau orice altă condiție socială.

În situația descrisă, angajamentul statelor părți ale Convenției în sensul respectării drepturilor și libertăților cuprinse în Convenție este dependent în mod direct de asigurarea exercitării acestor prerogative în mod nediscriminatoriu. *Per a contrario*, în cazul încălcării valorii nediscriminării, drepturile și libertățile cuprinse în Convenția Americană se vor găsi într-o dublă imposibilitate: de a fi exercitate de către subiectele de drept care se află sub jurisdicția Convenției și de a fi respectate de către statele părți la Convenție.

○ III.3. Convenția inter-americană cu privire la prevenirea, pedepsirea și eradicarea violenței împotriva femeilor (Convenția Belem do Para)¹

Convenția inter-americană cu privire la prevenirea, pedepsirea și eradicarea violenței împotriva femeilor, cunoscută și sub denumirea Convenția Belem do Para, constituie un document esențial pentru protecția drepturilor femeii în sistemul inter-american de drept nu atât pentru că se adresează în *expresis* femeilor cât pentru inovațiile pe care le aduce în această materie. Adoptată la 9 iunie 1994 în cadrul celei de-a 24-a sesiuni ordinare a Adunării Generale a Organizației Statelor Americane și intrată în vigoare la 5 martie 1995, Convenția Belem do Para răspunde unor nevoi practice rezultate din confluența între factorul cultural (reprezentat de tiparele mentale și comportamentale proliferate în regiune care sunt relative rolurilor de gen) și factorul legal. *Considerăm că acest document regional constituie răspunsul formal la actele de femicid apărute pe fondul coliziunii între cele două concepte derivate pe filieră culturală (marianismo și machismo) utilizate pentru determinarea rolurilor de gen.*

Din punctul de vedere al conținutului, Convenția Belem do Para reiterează principii consacrate la nivel regional/internațional (*exempli gratia* drepturile femeii sunt drepturi ale omului) și aduce noi reguli în materia drepturilor femeii (*exempli gratia* dreptul femeii la o viață liberă de violență). Referindu-se la conținutul Convenției Belem do Para, literatura de specialitate² observă că prevederile Convenției conțin dispoziții particulare menite să se raporteze la violența împotriva femeilor în mod sistematizat, incluzând și factorul cultural. În acest sens, printre metodele de combatere a violenței împotriva femeilor sunt regăsite în conținutul Convenției măsuri pedagogice – aplicabile de principiu tiparelor comportamentale și mentale care favorizează agresiunile de orice tip.

Într-o altă opinie³, Convenția Belem do Para constituie abordarea frontală a fragilității drepturilor femeii cauzată de abuzuri comise împotriva femeilor atât în sectorul privat cât și în sectorul public. În aceeași ordine de idei, Convenția Belem do Para este calificată precum o parte esențială a *corpus juris inter-american* care reflectă eforturile conjugate, exercitate de-a lungul timpului de către organizații non-guvernamentale, experți, juriști, activiști în materia drepturilor femeii cu finalitatea de a afirma într-o manieră mai clară amenințările adresate femeilor și posibilele scenarii de contracarare a acestora.

¹ Secțiune conform lucrării A. Bulgaru, M.B. Berna, *Implicații culturale și normative asupra protecției juridice a drepturilor femeii în sistemul inter-american*, articol publicat în Revista Drepturilor Omului a Institutului Român pentru Drepturile Omului nr. 1/2019, pp. 20-24.

² Ministerio de Desarrollo Social, Instituto Nacional de las Mujeres, Directora Lic. C. Beramendi, *Articulado Convención Interamericana de Belém do Pará Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer*, 2002, p. 9.

³ D.M.B. Arango, P.A.V. Henao, *La convención Belém Do Pará un balance de su aplicación en la jurisprudencia de la corte interamericana, a 16 años de su entrada en vigor*, Revista Civilizar, ISSN 1657-8953, volume 11, Issue 20, 2011, p. 16.

Preambulul Convenției Belem do Para depășește dimensiunile unei simple declarații de intenție, prezentând, prin intermediul unui fir argumentativ riguros construit, rațiunea care a condus la adoptarea acestui document. Debutând cu ideea respectului datorat drepturilor omului în temeiul statuării lor în cadrul Declarației Americane a Drepturilor și Obligațiilor Omului, continuând cu afirmarea drepturilor femeii ca drepturi ale omului și cu recunoașterea violenței împotriva femeilor ca o înfrângere adusă drepturilor omului, preambulul Convenției Belem do Para stabilește că eliminarea violenței împotriva femeilor este un fapt esențial pentru dezvoltarea individuală și socială și pentru a consolida gradul de participare al indivizilor în viața publică.

Din punct de vedere structural, Convenția Belem do Para dovedește logică internă, observând încă din primul capitol interesul pentru clarificarea conceptuală a două noțiuni inter-relate: (1) violența împotriva femeilor; (2) domeniul de manifestare al violenței. Trebuie să menționăm că vocația definițională există, cu preponderență, în privința primei noțiuni – violența împotriva femeilor, aceasta fiind reluată în ambele articole cuprinse în conținutul primului capitol. Este firească o atare abordare dat fiind faptul că violența de gen este subiectul central al documentului iar de riguroasa definire a acestuia depinde raționalitatea dezvoltării celorlalte prevederi. Coroborate, art. 1¹ și art. 2² din Convenția Belem do Para dezvoltă două categorii dimensionale ale fenomenului violenței: (1) categoria dimensională a elementelor structurale, intrinseci care caracterizează violența; (2) categoria dimensională a sferelor de manifestare extrinsecă a fenomenului violenței.

Considerăm că cele două categorii dimensionale pe care le-am identificat sunt distincte prin forul intern/extern la care se raportează și prin scopul căruia sunt destinate. Astfel, în categoria dimensională a elementelor structurale includem *decesul, daunele fizice, sexuale și psihologice* aduse femeilor – acestea fiind acte de conținut, intrinsece fenomenului violenței menite a indica *felul violenței* în timp ce, în categoria dimensională a sferelor de manifestare a fenomenului violenței includem *spațiul privat și spațiul public*. Completarea adusă art. 2 de lit. c) se referă la o circumstanțiere a fenomenului violenței exercitat în sfera publică iar această circumstanțiere depinde de *calitatea agresorilor* (statul sau agenții săi) care comit actul caracterizat ca violent în înțelesul Convenției. Observăm că art. 2 lit. c) din Convenție menționează, în două ipostaze distincte, calitatea solicitată agresorilor pentru ca actul de violență să fie înscris în categoria violenței publice: stat sau agenți ai statului – aspect care subliniază, în opinia noastră, o responsabilitate specifică a statului în asigurarea unui climat liber de manifestări violente în privința femeilor.

În altă ordine de idei, reținem că violența împotriva femeilor este echivalentă, în termenii Convenției cu *actele sau conduitele violente bazate pe criteriul gen* – aspect de noutate în sistemul inter-american de drept. Predilecția pentru utilizarea criteriului *gen* și depășirea criteriului *sex* în definirea, pe cale legală, a violenței împotriva femeilor demonstrează, în opinia noastră două consecințe: (1) aprecierea criteriului *sex* – evocator de trăsături fiziologice, ca

¹ Conform art. 1, Capitolul 1 – Definiție și scopul aplicării din Convenția Belem do Para, în înțelesul prezentei Convenții, violența împotriva femeilor va fi înțeleasă ca orice act sau conduită bazat(ă) pe gen, care cauzează femeilor decesul, daune sau suferințe fizice, sexuale sau psihologice, fie că se produc în sfera publică sau în sfera privată.

² Conform art. 1, Capitolul 1 – Definiție și scopul aplicării din Convenția Belem do Para, violența împotriva femeilor va fi înțeleasă ca incluzând violența fizică, sexuală și psihologică: a. care se petrece în familie sau în unitatea domestică sau în cadrul unei alte forme inter-personale de relaționare, fie că agresorul împarte sau a împărțit/nu împarte/nu a împărțit aceeași reședință cu femeia, incluzând, printre altele, violul, abuzul fizic, abuzul sexual; b. care se petrece în comunitate și este săvârșită de orice persoană, incluzând, printre altele, violul, abuzul sexual, tortura, traficul de persoane, prostituția forțată, răpirea sau hărțuirea sexuală la locul de muncă precum și violența care se produce în instituțiile educaționale, în facilitățile de sănătate sau în orice alt loc; c. care este săvârșită sau tolerată de către stat sau agenții săi, independent de locul unde este săvârșită.

fiind mult prea limitat pentru descrierea unui fenomen cu implicații atât de complexe precum violența împotriva femeilor; (2) adoptarea criteriului *gen* în definirea fenomenului violenței împotriva femeilor produce lărgirea sferei de înțeles al cauzelor relațiilor de inegalitate între bărbați și femei. În acest caz este considerat rolul de gen construit pe cale culturală precum un factor modelator al manifestărilor comportamentale și mentale de natură să întrețină dezechilibrul între sexe.

Capitolul II din Convenție – *Drepturi protejate*, enunță dreptul femeii de a fi liberă de violență în sfera publică și în sfera privată (art. 3) și dreptul femeii la recunoașterea, exercițiul și protecția tuturor drepturilor și libertăților cuprinse în documente de protecție a drepturilor omului adoptate la nivel regional și internațional (art. 4). Dintre cele două prerogative, ultima deține dimensiuni extinse, detaliind, cu titlu exemplificativ, aspecte presupuse de posibilitatea acordată femeilor de a beneficia de drepturi recunoscute prin documente regionale și internaționale specializate în protecția drepturilor omului¹.

Suntem de părere că art. 6 deține un statut special în cadrul capitolului dedicat drepturilor întrucât acesta nu stabilește noi drepturi în favoarea femeilor, având un rol dezvoltător al conținutului art. 3 care excelează prin caracterul său sintetic. De asemenea, art. 6 are caracter explicativ și exemplificativ, identificând două posibile forme ale dreptului femeii de a fi liberă de violență: (1) dreptul femeii de a fi liberă de orice formă de discriminare; (2) dreptul femeii de a fi apreciată și educată în mod liber de tiparele comportamentale stereotipe și de practicile culturale și sociale bazate pe concepte de superioritate sau inferioritate.

Suntem de acord cu echivalența dintre dreptul femeii de a fi liberă de orice formă de violență și dreptul femeii de a fi liberă de orice formă de discriminare în temeiul următorului argument: dacă admitem ipoteza stabilită în art. 1 și 2 din Convenție în virtutea căreia violența se manifestă în diferite elemente care o definesc pe aceasta din punct de vedere structural (violența poate fi psihologică, fizică, sexuală) înseamnă că etiologia oricăruia dintre elementele structurale ale violenței trebuie asociată cu unul dintre criteriile discriminatorii statornicite în instrumentele internaționale/regionale de protecție a drepturilor omului (rasă, religie, etnie, statut social, etc). În al doilea rând, considerăm că asocierea dreptului femeii de a fi liberă de orice formă de violență cu dreptul femeii de a fi eliberată de tiparele comportamentale sau mentale derivate din practici culturale stereotipe, subliniază în mod direct modul în care factorul cultural impactează reglementările regionale în materie. Art. 6 lit. b) din Convenție face demonstrația aplicabilității în sistemul regional de drept al conceptelor marianismului și machismului care acționează conjugat pentru a defini rolurile de gen prin instrumentarea factorului cultural. Transmiterea, prin intermediul modului de conceptualizare a rolurilor de gen, a poziției de inferioritate deținută de segmentul feminin al populației acționează ca un factor aneantizator al prevederilor legale în materia drepturilor femeii, stabilind teoria pe care am argumentat-o în cuprinsul cercetării noastre sub denumirea incongruenței între factorul legal și factorul cultural. Dacă socialul reprezintă premisa esențială de la care pornește juridicul, atunci ambele dimensiuni trebuie să conștientizeze nevoia de depășire a practicilor culturale contrare drepturilor femeii ca drepturi ale omului, depășind astfel, în mod implicit, inclusiv relativismul cultural.

Din cele expuse mai sus rezultă că în mare parte, dispozițiile Convenției Belem do Para demonstrează teoria egalității prin includerea specificului problemelor feminine. Particularitățile

¹ Potrivit art. 4 din Convenție, femeile beneficiază de: a. dreptul la respectul pentru propria viață; b. dreptul la respectul pentru integritatea fizică, mentală și morală; c. dreptul la libertate personală și securitate; d. dreptul de a nu fi supus torturii; e. dreptul de a fi respectată demnitatea inerentă persoanei sale și dreptul de a fi protejată familia; f. dreptul la protecție egală în fața legii și prin lege; g. dreptul la recursul simplu și prompt la o curte competentă pentru a dobândi protecție împotriva actelor care îi violează drepturile; h. dreptul la asociere liberă; i. dreptul la libertatea exercitării religiei și credințelor în interiorul legii; j. dreptul de a avea acces egal la serviciul public din țara sa și de a lua parte la modul de desfășurare a afacerilor publice, inclusiv la procesul decizional.

Convenției sunt subliniate prin adoptarea unor mecanisme speciale care să asigure eficacitatea dispozițiile prescrise în favoarea drepturilor femeii. Secțiunea din Convenție dată de art. 10-12 din Capitolul IV propun în acest sens procedura rapoartelor naționale pe care statele părți la Convenție trebuie să le comunice Comisiei Inter-Americane a Femeilor în vederea ilustrării măsurilor adoptate de acestea în vederea atingerii obiectivelor stabilite. În egală măsură, în sprijinul statelor părți la Convenție este reglementat, în art. 11, dreptul de a solicita Curții Inter-Americane opinii consultative asupra modului corect de interpretare a prevederilor Convenției. În cele din urmă, art. 12 reglementează procedura plângerilor individuale adresate Comisiei, procedură pusă la dispoziția persoanelor, grupurilor de persoane, entităților neguvernamentale stabilite în mod legal pe teritoriul statelor membre ale Organizației. Procedura devine exercitabilă în măsura în care aceste entități observă încălcări ale dispozițiilor art. 7 din Convenție.

IV. Analiza jurisprudențială a criteriilor gen și cultură în actele de violare a drepturilor femeii

○ IV. 1. Hotărâri ale Curții Inter-Americane a Drepturilor Omului

IV. 1.1. Cauza *Închisoarea Miguel Castro-Castro împotriva Peru*¹

Cauza *Închisoarea Miguel Castro-Castro împotriva Peru*² pune în discuție problema încălcării dreptului la viață cuprins în art. 4 din Convenția Americană a Drepturilor Omului și a încălcării dreptului la tratamente umane menționat în art. 5 din aceeași Convenție. Drepturile încălcate sunt puse în relație cu *obligația statului de a respecta drepturile* menționate în Convenția Americană, obligație cuprinsă în art. 1 alin. (1) din Convenția Americană. Pe data de 9 septembrie 2004, Comisia – pornind de la petițiile nr. 11.015 și 11.769 înregistrate la Secretariatul său la data de 18 mai 1992 și 5 iunie 1997 – aduce în atenția Curții Inter-Americane a Drepturilor Omului cauza *Închisoarea Miguel Castro-Castro împotriva Peru* al cărui obiect rezidă în modul defectuos în care s-a desfășurat *operațiunea transferul operativ 1* în cadrul închisorii Miguel Castro Castro care a cauzat moartea a cel puțin 42 de deținuți, rănirea a 175 de deținuți și supunerea a 322 de deținuți la tratamente crude, inumane sau degradante.

Obiectul cauzei este deosebit de complex, aducând în atenție încălcări ale drepturilor femeii și abordarea drepturilor femeii ca drepturi ale omului, punând Curtea Inter-Americană în postura de a aborda, din perspectiva problemelor de gen, încălcări ale prerogativelor umane care, în mod obișnuit, fie nu erau recunoscute, fie nu cunoșteau o soluționare clară și detaliată. În consecință, considerăm că înainte de a aborda aspectele de drept ale cauzei este necesar, pentru o bună înțelegere, să descriem situația de fapt.

Evenimentele cauzei s-au produs odată cu adoptarea Decretului-lege nr. 25421 de pe 6 aprilie 1992 prin care forțele de poliție peruane sunt abilitate să conducă acțiunile necesare reorganizării Institutului Național al Penitenciarelor, fiind propus în acest sens planul *operațiunea transferul operativ 1*. Operațiunea a fost aplicată închisorii Miguel Castro-Castro iar finalitatea acesteia (declarată la nivel oficial) consta în transferul femeilor deținute din

¹ Comentariile realizate asupra speței au avut în vedere informațiile cuprinse în lucrarea Center for Justice and International Law, *Tools for the protection of human rights. Summaries of Jurisprudence. Gender based violence*, compiled by Liliana Tojo, 2010, pp. 2-18.

² Case *Miguel Castro Castro Prison v. Peru*, Merits, Reparations and Costs, IACHR Series C, No. 160, 25 November 2006, Inter-American Court of Human Rights.

pavilionul 1 A al închisorii într-un alt loc de detenție de maximă siguranță pentru femei. Neoficial, se urmărea crearea unei stări de confuzie care să favorizeze uciderea deținuților condamnați pentru acțiuni împotriva statului (în special ne referim la acțiuni de trădare și terorism) care erau suspectați de a fi membri ai grupării subversive Sendero Luminoso. De asemenea, este demn de menționat că deținuții nu au avut un rol determinat în declanșarea conflictului din centrul de detenție, acțiunile violente fiind inițiate de oficialii închisorii Miguel Castro Castro. Pe de altă parte, grupul-victimă vizat inițial de acțiunile violente ale oficialilor închisorii a fost cel reprezentat de segmentul feminin al deținuților din pavilionul 1 A. Pe măsură ce confruntările s-au intensificat, grupul de deținuți bărbați din pavilionul 4 B a venit în sprijinul femeilor atacate, devenind, la rândul său, un grup țintă vizat de acțiunile violente.

În drept, problemele relevate de cauză sunt complexe astfel încât, pentru o analiză riguroasă, vom proceda la o abordare individuală a acestora. În primul rând, ne vom referi la *încălcarea art. 5 din Convenția Americană – care prescrie dreptul la tratamente umane în relație cu art. 1.1 din aceeași Convenție – care abordează obligația de a respecta drepturile conținute în Convenția Americană*.

Problema încălcării dreptului la tratamente umane a fost expusă în literatura de specialitate¹ în triplă dimensiune: (1) supunerea deținuților la tratamente inumane în timpul conflictului, (2) supunerea deținuților la tratamente inumane după finalizarea conflictului și în timpul transferului către alte centre de detenție sau către amplasamente medicale, (3) supunerea deținuților la tratamente inumane în cursul perioadei de spitalizare. Actele de violență petrecute în cursul conflictului din închisoarea Miguel Castro Castro surclasează în ferocitate actele de violență aplicate în celelalte două conjuncturi (ne referim la perioada transferului din închisoare și la perioada de spitalizare), fiind vorba, în acest caz, despre lovituri cauzate direct prin acțiunea oficialilor închisorii dar și suferințe fizice și psihice produse urmare a condițiilor asigurate în centrul de detenție în cursul manifestărilor violente. În ambele ipoteze, s-a reținut că în cursul atacului, femeile au experimentat suferințele fizice în mod distinct prin comparație cu deținuții bărbați din cauza particularităților bio-fizice feminine (constituție fizică mai fragilă, stare de graviditate, stare de graviditate avansată, maternitate). Este important de subliniat aspectul conform căruia autoritățile închisorii nu au aplicat un tratament corespunzător deținuților gravide în timpul violențelor, supunându-le la aceleași acte inumane și degradante la care au fost supuse și celelalte deținute. Deținutele victime ale atacului asupra închisorii Miguel Castro Castro au experimentat suferințe fizice și psihologice, în cazul femeilor însărcinate suferințele fiind, în mod evident, amplificate. Violențele la care au fost supuse deținutele în timpul transferului către alte centre de detenție sau către amplasamente medicale au constatat în a obliga femeile să adopte o poziție incomodă în timpul transportului.

Din punctul nostru de vedere în această categorie pot fi incluse și actele de violență comise prin omisiune, respectiv agenții închisorii care au transportat victimele din închisoare către un alt loc de detenție nu au creat, în favoarea victimelor, condițiile necesare pentru ca traumatismele fizice și psihice suferite de victime să nu fie agravate. Pe de altă parte, suferințele la care au fost supuse victimele în centrele de spitalizare organizate înăuntrul centrelor de detenție la care au fost transferate au exacerbât cu atât mai mult suferințele deja experimentate de victime deoarece li s-au adăugat alte acte de violență comise de agenții de poliție și acceptate de personalul medical al centrelor de detenție. Finalmente, perioada de spitalizare este comparabilă perioadei conflictului propriu-zis dacă luăm în considerare criteriul violențelor aplicate femeilor. În perioada de spitalizare, femeile deținute au fost supuse la acte de violență fizică precum nuditatea forțată în timp ce se aflau sub supravegherea forțelor de poliție. Curtea

¹ Center for Justice and International Law, *op. cit.*, p. 6.

Inter-Americană a Drepturilor Omului a statuat că nuditatea forțată a femeilor deținute în timp ce erau observate de agenții de poliție ai închisorii reprezintă acte care încalcă în mod grav demnitatea umană, fiind incluse în categoria actelor de violență fizică.

În argumentația sa Curtea demonstrează că nuditatea forțată constituie act de violență fizică având în vedere circumstanța conform căreia în timpul în care femeile deținute au fost supuse nudității forțate acestea erau urmărite de agenții forțelor de poliție. De asemenea, Curtea a subliniat ideea conform căreia violența sexuală nu se limitează la acte de penetrare a corpului uman ci se extinde la orice act de natură sexuală comis asupra unei persoane fără acordul său care nu implică necesarmente contactul fizic între victimă și agresor. În același sens, s-a stabilit că violul, ca formă de abuz sexual, presupune orice formă de penetrare fără acordul victimei, agresorul utilizând fie un obiect, fie părți ale corpului său. Raționamentul expus a fost folosit pentru a califica situația desfășurată la spitalul supravegheat de forțele de poliție unde una dintre victime a fost supusă unei inspecții vaginale forțate abrupte de către persoane care nu au putut fi identificate. Față de cele menționate, Curtea a statuat că actele de violență sexuală menționate au un caracter agravat prin raportare la două aspecte: (1) acestea au fost comise de către agenții statului care aveau atribuții de asigurare a ordinii și disciplinei între deținute și de protecție a deținuților; (2) actele de violență fizică s-au comis asupra unor persoane aflate în custodia statului, persoane care se găsesc într-o poziție vulnerabilă comparativ cu cetățenii aflați în stare de libertate.

Referindu-se la agresiunile sexuale împotriva femeilor comise în perioade de conflict armat, raportorul Organizației Națiunilor Unite pe probleme de violență împotriva femeilor a subliniat *semnificația simbolică a actului violului*, menționând în acest sens că practica violului este asimilată unei practici de umilire a adversarului¹. *Din punctul nostru de vedere*, implicațiile violului asupra integrității fizice și psihice a deținuților trebuie să fie evaluate inclusiv din perspectivă psihologică și din perspectivă culturală – cele două fiind intrinsec legate. Reiterăm că noțiunea de *marianism* – ca instrument care construiește rolul de gen feminin în societate prescrie, în sarcina prototipului feminin, ideea castității. La nivel familial, femeia este reprezentanta și transmițătoarea tradiției și culturii. De asemenea, ea reprezintă onoarea familiei astfel încât orice ofensă adusă femeii constituie o formă de desconsiderare a comunității în ansamblul ei. În cazul conflictului armat, abuzul sexual sub forma violului este utilizat pentru a re-echilibra pozițiile de putere dintre opozanți.

În sfera actelor inumane, Curtea a inclus *condițiile de detenție* oferite de autorități: plasarea deținuților în celule supra-aglomerate, lipsa mijloacelor necesare îngrijirii, medicamentelor, alimentelor, articolelor de îmbrăcăminte adecvată sezonului. În aceeași ordine de idei, au fost considerate inumane lipsa serviciilor medicale de îngrijire pre și post natală a femeilor însărcinate sau ne-acordarea de facilități de vizitare în favoarea membrilor familiei pentru deținutele aflate în regim de izolare. Curtea interpretează extensiv prevederile art. 5 alin. (3) din Convenția Americană a Drepturilor Omului, extinzând, pe cale de consecință, tratamentele inumane la acțiuni care privesc aducerea de suferințe psihologice membrilor de familie ai deținuților. Conform art. 5 alin. (3) din Convenția Americană, *pedeapsa nu poate fi extinsă asupra unei alte persoane în afara persoanei criminalului*. Prevederile expuse au fost încălcate prin întâmplările succedate din momentul operațiunii transferului și continuând inclusiv ulterior aducerii deținuților în centrele spitalicești sau în centrele de detenție în care au fost transferate. Pentru claritatea expunerii vom preciza că suferințele psihologice ale membrilor de familie ai victimelor au debutat din momentul operațiunii transferului deținuților deoarece membrii de familie nu au fost înștiințați de posibilitatea transferului și au continuat prin observarea violențelor fizice și psihologice la care victimele au fost supuse și

¹ United Nations, Human Rights Commission, presented by R. Coomaraswamy, special rapporteur on issues of violence against women, adopted following the Commission resolution no. 1997/44.

inclusiv prin limitarea orarului de vizite al victimelor. Cu privire la acest ultim punct este necesar să facem anumite precizări: (1) regimul de izolare ales pentru ca anumite deținute să își execute pedeapsa nu respectă prevederile art. 5 alin. (3) din Convenția Americană deoarece autoritățile închisorii nu au luat în considerare calitatea de mame a deținutelor, limitând drastic programul de vizitare din partea rudelor apropiate, producând prin aceasta suferințe fizice copiilor separați de mamele deținute; (2) suferințele psihologice produse copiilor sau altor rude apropiate ale victimei reprezintă o formă extensivă de aplicare a pedepsei.

În analiza stării de fapt a cauzei, Curtea Inter-Americană stabilește o legătură între încălcarea dreptului la tratamente umane cuprins în art. 5 din Convenția Americană și prevederile art. 1.1 din același document, în virtutea următorului raționament: supunerea la tratamente inumane a deținutelor femei a fost posibilă prin acțiunea agenților statului care fie au fost implicați în mod direct în actele de violență asupra femeilor, fie au fost pasivi, neîndeplinindu-și obligația de a oferi condiții decente de detenție. Explicația clară a legăturii dintre încălcarea dreptului la tratamente umane și neîndeplinirea obligației cuprinsă în art. 1.1 din Convenția Americană poate fi expusă sub forma unei legături cauză-efect. Conduita statului peruan, de a nu se conforma dispozițiilor cuprinse în art. 1.1 din Convenția Americană, în temeiul cărora, fiecare stat membru al Convenției trebuie să respecte drepturile și libertățile cuprinse în Convenție și să asigure, în favoarea tuturor persoanelor din jurisdicția sa, aceleași prerogative în mod nediscriminatoriu, a constituit circumstanța favorabilă pentru ca drepturile femeilor deținute să fie încălcate.

Suntem de părere că în speța analizată, dreptul femeilor la tratamente umane a fost încălcat prin acțiunea statului de a nega, în mod discriminatoriu, prerogative care, în mod obișnuit, trebuie să fie asigurate deținuților. Dimensiunea de gen este factorul prezent în motivarea acțiunii întreprinse de autoritățile închisorii, acestea urmărind pedepsirea sistematică a femeilor deținute pentru infracțiuni împotriva statului (terorism și trădare). Ipoteza noastră este susținută de date factice: (1) conflictul armat a debutat în secțiunea 1B din închisoarea în care se aflau femeile deținute, (2) conflictul nu a fost provocat de deținute, (3) în cursul manifestărilor violente și ulterior acestora, forțele de ordine au supus femeile deținute la abuzuri fizice, psihologice, sexuale exploatând vulnerabilitățile care decurg din construcția bio-fizică feminină, (4) acțiunea autorităților închisorii a urmărit, printre altele, sancționarea femeilor pentru abandonarea rolului de gen atribuit în temeiul marianismului și implicarea în sfera publică. Atitudinea discriminatorie a autorităților statale a fost menținută inclusiv cu ocazia investigării cauzei, acestea neîndeplinindu-și obligația de a acționa conform principiului *due diligence* stabilit în art. 7 din Convenția Inter-Americană pentru Prevenirea, Pedepsirea și Eradicarea Violenței împotriva femeilor (denumită și Convenția Belem do Para). Considerăm că art. 7 lit. f) din Convenția ante-menționată este edificator pentru a demonstra lipsa de angajament a autorităților peruane în investigarea violențelor împotriva femeilor, nefiind acordate femeilor victime proceduri legale efective și corecte care să permită tranșarea corectă a cauzei și aflarea adevărului.

Violarea prevederilor art. 7 lit. f) din Convenția Belem do Para este în strânsă conexiune cu încălcarea dreptului la un proces echitabil stabilit în art. 8 din Convenția Americană a Drepturilor Omului și cu încălcarea dreptului la protecție judiciară menționat în art. 25 din aceeași Convenție. Considerăm implicită conexiunea dintre prevederile menționate și vom proceda, în rândurile următoare, la argumentarea opiniei noastre. În primul rând, art. 8 alin. (1) din Convenția Americană explică dreptul la un proces echitabil în sensul prerogativei garantate fiecărui individ de *fi audiat, cu păstrarea tuturor garanțiilor legale, în timp rezonabil, de un tribunal independent și imparțial, stabilit prin lege, în fundamentarea oricărei acuzații de natură penală formulată împotriva sa sau pentru determinarea drepturilor și obligațiilor sale de natură civilă, de muncă, fiscală, sau de orice altă natură.*

Observăm, din textul citat, că dreptul la un proces echitabil conține prerogative care corespund justițiabilului aflat în postura acuzatului într-un proces penal dar și justițiabilului care solicită stabilirea de obligații sau de drepturi în privința sa (ultima ipoteză fiind incidentă în speță). Femeile deținute, victime ale violențelor oficialilor închisorii, nu au beneficiat de garanțiile legale ale dreptului la un proces echitabil în momentul post-conflict în care supraviețuitoarele și-au revendicat drepturile încălcate. În al doilea rând, dreptul la protecție judiciară cuprins în art. 25 din Convenția Americană a Drepturilor Omului stabilește în alin. (1) posibilitatea de protecție a drepturilor fundamentale ale omului – recunoscute prin Constituție și legi interne – prin recursuri simple, efective și legale la instanțele competente. În alin. (2) al aceluiași articol sunt expuse cerințele care trebuie să fie asigurate pentru împlinirea dreptului la protecție judiciară: (1) persoana care dorește exercitarea remediilor legale trebuie să aibă drepturi recunoscute de autoritățile statale și garantate prin mijloacele legale interne; (2) statul trebuie să dezvolte posibilitățile remediilor judiciare; (3) statul trebuie să asigure că autoritățile competente vor asigura atare remedii când situația o impune. În situația dată, deținutele – victime ale violențelor, au fost private de exercitarea unor remedii legale efective și, implicit, de exercitarea dreptului la un proces echitabil. Garanțiile presupuse de dreptul la un proces echitabil trebuie să fie prezente inclusiv în ipoteza în care justițiabilul dorește să recurgă la remediile legale menționate de art. 25 din Convenție.

În lumina argumentelor expuse în rândurile de mai sus, Curtea a recunoscut încălcarea dreptului la viață (art. 4 din Convenția Americană a Drepturilor Omului), a dreptului la tratamente umane [art. 5 alin. (1) și 2 din Convenția Americană a Drepturilor Omului], a dreptului la un proces echitabil [art. 8 alin. (1) din Convenția Americană a Drepturilor Omului] și a dreptului la protecție judiciară (art. 25 din Convenția Americană a Drepturilor Omului) în coroborare cu obligația statului de a respecta drepturile și libertățile stabilite în Convenția Americană menționată în art. 1 alin. (1).

IV.1.2. Cauza *Gonzales și alții împotriva Mexicului*¹

Prin cererea formulată la 4 noiembrie 2007, Comisia Inter-Americană prezintă Curții Inter-Americane cauza *Gonzales și alții împotriva Mexicului* (cunoscută în literatura de specialitate și sub denumirea de *Câmpul de Bumbac*), urmărind prin aceasta angajarea răspunderii internaționale a statului Mexic pentru dispariția și moartea Claudiei Ivette Gonzalez, Esmeraldei Herrera Monreal și Laurei Berenice Ramos Monarrez. Argumentul juridic în temeiul căruia Comisia Inter-Americană a acceptat introducerea cauzei în fața Curții Inter-Americane rezidă în încălcarea principiului *due diligence* de către statul Mexic în investigarea disparițiilor și deceselor celor trei victime (dintre care două erau minore la epoca faptelor) prin: lipsa de operativitate în demararea investigațiilor și neglijență în conducerea investigațiilor. Spre deosebire de speța analizată anterior, nerespectarea principiului *due diligence* de către statul mexican este determinată de un climat de reticență față de recunoașterea și garantarea drepturilor femeii prezent la nivelul societății. După cum vom demonstra în rândurile care urmează, autoritățile au ignorat informațiile referitoare la violențele îndreptate împotriva femeilor și la trăsăturile comune prezentate de actele de violență – acestea fiind apte să conducă spre conturarea unui *modus operandi* predictibil al agresorilor.

În expunerea situației de fapt a cauzei, considerăm important să prezentăm contextul general în care s-au desfășurat actele de violență. Situația socio-politică a statului Ciudad Juarez

¹ Case *Gonzales et al v. Mexico*, Preliminary Objection, Merits, Reparations, Costs, Judgment of the Inter-American Court of Human Rights of 16 November 2009. Analiza speței a fost fundamentată pe informațiile expuse în lucrarea Center for Justice and International Law, *op. cit.*, pp. 24-52.

– caracterizată prin inegalități sociale și prin respectarea cu strictețe a tradițiilor locale și, implicit a rolurilor de gen care derivă din acestea – a condus la dezvoltarea unui climat ridicat de insecuritate și criminalitate în care violența împotriva femeilor este un fenomen cunoscut și acceptat. Relativ la acest ultim punct, Comisia a indicat faptul că Ciudad Juarez a devenit cunoscut în comunitatea internațională *prin situația deosebit de critică privitoare la violența împotriva femeilor dar și prin neglijența pe care statul o arată în legătură cu subiectul*. Curtea se înscrie pe o poziție similară cu cea adoptată de Comisie și observă că în Ciudad Juarez, violența împotriva femeilor trebuie să fie înțeleasă ca un fenomen complex care este favorizat de anumiți factori socio-culturali (menționați anterior) fiind, în egală măsură, tolerat de autorități.

În contextul dat s-a produs dispariția celor trei victime: (1) Laura Berenice Ramos Monarrez, elevă de liceu, în vârstă de 17 ani a dispărut pe 25 septembrie 2001 după ce a și-a contactat prietena anunțând-o că nu se va mai întoarce acasă în seara respectivă; (2) Claudia Ivette Gonzales, lucrătoare la fabrica de maquilladoras din oraș, în vârstă de 20 de ani, a dispărut pe data de 10 octombrie 2001 în contextul în care plecase mai devreme de la locul de muncă, la indicațiile angajatorului, drept sancțiune pentru că a întârziat; (3) Esmeralda Herrera Monreal, elevă la liceu, în vârstă de 15 ani, a dispărut ulterior prezentării la locul de muncă unde îndeplinea atribuții de angajată domestică.

În Ciudad Juarez, actele de violență împotriva femeilor se înscriu într-un tipar care poate fi demonstrat prin trăsăturile comune împărtășite de victime (femeile victime provin din medii modeste, au vârste cuprinse între 15 și 25 de ani, lucrează în fabricile maquilladoras sau sunt eleve/studente) și prin modul de acțiune ales de agresori (victimele erau răpite, ținute în captivitate, iar la un anumit interval de timp – zile sau luni – de la data la care rudele apropiate depuneau plângeri la autoritățile competente, cadavrele femeilor erau găsite pe câmpul de bumbac din oraș, prezentând semne de mutilare și/sau de violență sexuală, inclusiv viol).

Reprezentanții părților au susținut că violențele din Ciudad Juarez sunt atribuite factorului gen, fiind comise exclusiv asupra femeilor în considerarea trăsăturilor lor bio-fizice. În contrapondere, autoritățile statale au subliniat faptul că violențele s-au produs în circumstanțe diferite, de autori diferiți și asupra unor victime diferite însă au recunoscut cultura discriminării în funcție de gen ca determinant comun pentru toate actele de violență comise.

Suntem de părere că factorul gen – ca și criteriu de discriminare, trebuie să fie contextualizat și interpretat în consecință. Violențele din Ciudad Juarez au fost generate de criteriul gen și de modul de interpretare al criteriului gen rezultat în urma aplicării unor tipare mentale și comportamentale aparținând culturii locale. În mod tradițional, marianismul atribuie femeii rolul de îngrijitoare a căminului iar machismul identifică în bărbat furnizorul de resurse al familiei. Statul a explicat cultura discriminării în funcție de gen în baza atribuirii rolurilor tradiționale celor doi parteneri observând că schimbările socio-economice aduse de înființarea industriei de maquilladoras în Ciudad Juarez au generat modificarea relației tradiționale dintre genuri, din aceasta rezultând și exacerbară actelor de violență. În mod concret, dezvoltarea industriei de maquilladoras în perioada 1965-1993 – survenită ca o consecință a încheierii Acordului American de Liber Schimb – a favorizat angajarea forței de muncă feminină și creșterea nivelului de șomaj în rândul bărbaților. În contextul dat, raporturile de gen au fost modificate prin emanciparea feminină și includerea sa progresivă pe piața muncii, deteriorarea relațiilor de familie și creșterea actelor de violență împotriva femeilor.

Aspectul cultural al violențelor împotriva femeilor a fost acceptat de statul mexican care declara experților însărcinați cu monitorizarea Convenției onusiene pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare împotriva Femeilor că *este necesară acceptarea culturii adânc înrădăcinată în stereotipuri și a faptului că o cultură bazată pe supozitia inferiorității femeilor nu poate fi schimbată instantaneu. Schimbarea tiparelor culturale este o sarcină dificilă a guvernării cu atât mai mult cu cât problemele emergente ale societății moderne – alcoolism, consum și trafic de droguri, turism sexual contribuie la exacerbară discriminării suferite de sectoarele societății*

și, în special, de acele segmente sociale care experimentează dezavantaje în mod sistematic precum femei, copii, minorități¹.

Opiniile organizațiilor internaționale și a Comisiei Inter-Americane² referitoare la starea de violență sistematică specifică pentru Ciudad Juarez sunt convergente. Ele susțin că violența bazată pe gen își are sorgintea în convingerea transmisă pe cale culturală (prin tipare de gândire misogină) că femeile sunt inferioare și trebuie subordonate atât în sfera privată cât și în cea publică. De asemenea, Amnesty International și Comisia Inter-Americană apreciază că actele de violență împotriva femeilor au caracter repetitiv – aspect care conduce la menținerea stării de violență structurală cu implicații la nivelul comunității. Având în vedere aceste elemente, Curtea Inter-Americană a utilizat în hotărârea pronunțată expresia de *crime ale femeilor bazate pe factorul gen* care desemnează esența noțiunii de *femicid*.

În drept, problemele ridicate în cauză privesc încălcarea dreptului la viață, a dreptului la tratamente umane, a dreptului la libertate personală cuprinse în art. 4, 5, 7 din Convenția Americană a Drepturilor Omului. În relație cu autoritățile și cu modul în care acestea au condus investigațiile aferente cauzei, temeiul juridic rezidă în încălcarea garanțiilor prevăzute de art. 8 și 25 din Convenția Americană a Drepturilor Omului referitoare la *dreptul la un proces echitabil* și la *dreptul la protecție judiciară*.

Considerăm că în analiza cauzei, temeiul de drept trebuie să fie extins la (1) prevederile art. 7 din Convenția Belem do Para al cărui scop constă în aplicarea *principiului due diligence* în investigarea actelor de violență împotriva femeilor (reiterăm că principiul *due diligence* a fost utilizat în argumentul Comisiei Inter-Americane a Drepturilor Omului la data prezentării cauzei în fața Curții) și la (2) prevederile art. 6 din aceeași Convenție – care are meritul de a explica, în mod punctual, conținutul dreptului femeilor de a fi libere de orice formă de violență. Articolul 7 lit. b) din Convenția Belem do Para menționează *in expressis verbis* obligația statelor părți de a aplica diligența necesară în prevenirea, investigarea și sancționarea violențelor împotriva femeilor iar litera f oferă o aplicație particulară a principiului diligenței necesare a autorităților, impunând în sarcina acestora obligația de a *stabili proceduri legale corecte și efective pentru femeile care au fost supuse violenței care să includă, printre altele, măsuri de protecție, audieri în timp util și accesul efectiv la aceste proceduri*. Prin expunerea conținutului principiului *due diligence* am urmărit să demonstrăm relația de interdependență între prevederile Convenției Belem do Para și prevederile Convenției Americane a Drepturilor Omului referitoare la *dreptul la un proces echitabil* și la *dreptul la protecție judiciară*.

Apreciem că *principiul due diligence* cuprinde, în conținutul său, *exigențele impuse de dreptul la un proces echitabil, respectiv de dreptul la protecție judiciară deoarece obligațiile impuse statelor părți în virtutea principiului due diligence (diligență în prevenirea, investigarea, sancționarea violențelor împotriva femeilor și asigurarea mijloacelor legale pentru ca victimele supuse actelor de violență să dețină suficiente mijloace legale pentru revendicarea drepturilor încălcate) au ca și corespondent protecția drepturilor victimelor prin oferirea tuturor garanțiilor presupuse de dreptul la un proces echitabil (evaluarea cererilor victimelor de către un tribunal imparțial și independent, legal constituit, în termen rezonabil, beneficierea de totalitatea garanțiilor legale pentru fundamentarea oricăror drepturi pretinse de victime) și de dreptul la protecție judiciară (asigurarea accesului prompt și efectiv la remediile legale)*.

¹ United Nations, Report on Mexico produced by the Committee on the Elimination of Discrimination against Women under Article 8 of the Optional Protocol of the Convention, and reply from the Government of Mexico.

² Inter-American Commission on Human Rights, *The Situation of the Rights of Women in Ciudad Juárez, Mexico: The Right to be Free from Violence and Discrimination*, Document no. 44, March 7, 2003 (case file of attachments to the application, volume VII, attachment 1, folio 1742); Amnesty International, *Mexico: Intolerable killings: 10 years of Abductions and Murders or Women in Ciudad Juárez and Chihuahua*, AMR 41/027/2003 (case file of attachments to the application, volume VII, attachment 6, folio 2267).

Articolul 6 din Convenția Belem do Para are, după cum am anticipat în rândurile de mai sus, rol explicativ în relație cu dreptul femeilor de a fi libere de violență în sfera publică și în sfera privată, drept introdus prin art. 3 al aceleiași Convenții. În alin. (1), art. 6 din Convenția Belem do Para statuează că *dreptul femeilor de a fi libere de violență include dreptul femeilor de a fi libere de orice formă de discriminare*. Revenind la principiul due diligence, atitudinea discriminatorie a autorităților față de actele de violență asupra femeilor raportate de rudele apropiate ale victimelor constituie o încălcare a prescripțiilor prezentului principiu. Totodată, atitudinea discriminatorie a autorităților reprezintă încălcarea dreptului femeilor de a fi libere de orice formă de violență în forma prezentată de art. 6 alin. (1) din Convenție.

Prin raportare la situația de fapt a speței, elemente care atestă atitudinea discriminatorie a autorităților pot fi identificate prin: (1) iregularități comise de autorități în investigarea actelor de violență care le-au fost raportate; (2) neglijență în evaluarea declarațiilor rudelor apropiate ale victimei; (3) stereotipizarea conduitei victimei; (4) existența la nivel local a unei culturi a impunității pentru crimele comise împotriva femeilor.

Referir la iregularitățile comise de autorități în investigarea actelor de violență împotriva femeilor, raportorul Organizației Națiunilor Unite pentru Independența Judecătorilor și a Avocaților¹ a arătat că forțele de poliție din Ciudad Juarez se află într-o stare de totală incompetență, ineficiență, indiferență și neglijență cu privire la modul de operare în investigațiile desfășurate privitoare la cazurile de violență relatate. În mod concret, probele administrate demonstrează că iregularitățile autorităților constau în: lipsa operativității în demararea acțiunilor de cercetare, pierderea de informații sau de probe; neglijență în desfășurarea activităților de examinare ș.a.

În opinia noastră, iregularitățile în desfășurarea investigațiilor de către autorități pornesc de la importanța pe care acestea o atașează actelor de violență împotriva femeilor. Asocierea actelor de violență împotriva femeilor cu starea de normalitate exprimă lipsa de înțelegere a complexității fenomenului și a implicațiilor pe care acesta le poate produce la nivelul comunității. Repetitivitatea crimelor bazate pe gen și lipsa de reacție demonstrată, de-a lungul timpului din partea autorităților, au ca rezultat aprecierea manifestărilor de violență împotriva femeilor ca manifestări normale și atitudinea impasibilă a autorităților față de manifestările violente.

În relație cu cel de-al doilea aspect – neglijență în evaluarea, de către autorități, a declarațiilor rudelor apropiate ale victimei – vom demonstra că acesta derivă din interpretările personale pe care autoritățile au înțeles să le formuleze în momentul înregistrării plângerilor din partea rudelor apropiate ale victimei. În fiecare dintre cele trei cazuri din speță, autoritățile au replicat rudelor apropiate ale victimelor în momentul în care acestea au depus plângeri că dispariția fetelor/femeilor este un lucru obișnuit, care nu ar trebui să fie supus investigației pentru că singura cauză determinantă a disparițiilor constă în stilul de viață promiscuu dus de cele trei tinere. Autoritățile au refuzat, ca urmare a declarațiilor rudelor apropiate ale victimelor, să inițieze cercetări pentru găsirea femeilor dispărute, comunicându-le rudelor că este oportun să revină după scurgerea intervalului de 48 de ore deoarece cu siguranță în această perioadă presupusele victime vor reveni singure la familiile lor. De asemenea, autoritățile au adăugat că în ipoteza în care disparițiile ar fi reale, victimele sunt în mare măsură responsabile pentru orice act de violență la care ar fi fost supuse pe parcursul acestei perioade deoarece ar fi provocat acțiunile violente prin modul lor de viață. Din neglijența demonstrată de autorități față de declarațiile rudelor apropiate ale victimei decurge stereotipizarea conduitei victimei.

Curtea Inter-Americană a reținut opinia Comisiei² prin care se încearcă explicarea atitudinii discriminatorii a autorităților față de violențele suferite de femei prin tiparele culturale de

¹ Report of the U.N. Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, folio 2100.

² Inter-American Commission on Human Rights, *Access to justice for women victims of violence in the Americas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, January 20, 2007 (case file of attachments to the application, volume VII, attachment 2, folio 1822).

mentalitate al căror scop este de a decredibiliza victima și de a anula gravitatea actelor de violență: *influența exercitată de tiparele socio-culturale discriminatorii poate afecta credibilitatea victimei astfel încât aceasta să fie pusă la îndoială în cazurile care implică violență sau poate conduce la presupunerea tacită conform căreia victima este responsabilă pentru actele de violență, fie din cauza stilului său vestimentar, fie din cauza ocupației sale, a modului de relaționare și socializare sau a relațiilor dezvoltate cu agresorii sau cu rudele apropiate în grad. Rezultatul constă în faptul că procurorii, poliția, judecătorii, nu inițiază acțiuni legale în privința plângerilor al căror obiect îl reprezintă actele de violență. Aceste tipare discriminatorii pot influența negativ investigațiile în astfel de cazuri la fel cum pot influența negativ evaluarea dovezilor; stereotipurile asupra modului în care femeile ar trebui să se comporte în relațiile personale pot deveni un factor de interes.*

Cultura impunității – ultimul punct propus pentru a demonstra atitudinea discriminatorie a autorităților față de actele de violență împotriva femeilor – este corolarul celorlaltor puncte dezbătute anterior. Cultura impunității presupune nepedepsirea agresorilor ca urmare a imposibilității de identificare a acestora. Imposibilitatea de identificare derivă din cumularea iregularităților existente în investigațiile autorităților, din refuzul autorităților de a evalua în mod obiectiv declarațiile rudelor victimelor, din stereotipizarea presupusei conduite a victimelor. Neidentificarea agresorilor rezidă într-o *imposibilitate subiectivă* – creată de autorități prin adoptarea unor tipare de gândire și conduită definite cultural și prin nerespectarea standardelor impuse de profesia exercitată.

Pentru a stabili răspunderea internațională a statului mexican pentru faptele care reprezintă obiectul cauzei, este necesar să ne raportăm la dispozițiile art. 1.1 din Convenția Americană din care decurge obligația statelor părți de a respecta drepturile înscrise în Convenție. Curtea Inter-Americană, în cercetarea cauzei a ajuns la concluzia conform căreia obligația statelor de a respecta drepturile și libertățile conținute în Convenția Americană cuprinde două laturi independente: (1) limitarea sferei de intervenție a statului în exercitarea prerogativelor date; (2) intervenția statului în garantarea condițiilor necesare pentru exercitarea prerogativelor date. Conform opiniei Curții, obligația statelor de a garanta exercitarea drepturilor și libertăților statuate în Convenția Americană coincide cu adoptarea de măsuri pertinente pentru organizarea aparatului guvernamental astfel încât acesta să sprijine justițiabilii în realizarea efectivă a drepturilor lor. Curtea dezvoltă definiția obligației statale de a garanta exercitarea drepturilor și libertăților cuprinse în Convenție, stabilind următoarele direcții de acțiune pe care statul trebuie să le urmeze¹: (1) prevenirea violărilor drepturilor omului; (2) utilizarea de mijloace potrivite pentru desfășurarea unei investigații serioase asupra violărilor drepturilor omului comise în jurisdicția sa; (3) identificarea responsabililor; (4) impunerea unor sancțiuni pertinente în privința făptuitorilor; (5) asigurarea unei compensații adecvate în favoarea victimei. Reținem că în conținutul obligației de prevenție Curtea include măsuri de natură legală, politică, administrativă și culturală menite a proteja aplicarea drepturilor omului. Cu toate acestea instanța inter-americană nu acordă un caracter absolut obligației de prevenire asumată de stat prin ratificarea Convenției Americane a Drepturilor Omului. În alte cuvinte, răspunderea internațională a statului nu poate fi angajată pentru orice acțiune sau omisiune inițiată de un individ și întreprinsă împotriva unui alt individ. Condiția necesară a fi îndeplinită pentru ca obligația de prevenire asumată de stat să devină efectivă constă în *conștientizarea, de către autoritățile statale, a unui pericol grav și iminent adresat unei categorii sociale particulare.*

După cum am subliniat anterior în analiza noastră, cele trei crime produse în Ciudad Juarez se înscriu într-o serie de acte de violență împotriva femeilor care se aseamănă prin

¹ *Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Merits. Judgment of July 29, 1988. Series C No. 4, paragraph 174.

motiv, mod de operare și circumstanțele în care s-au produs. Repetitivitatea cazurilor de dispariție, violență și ucidere a femeilor aparținând unor anumite categorii sociale este un element suficient în virtutea căruia autoritățile locale trebuie să acționeze în mod competent și diligent acțiuni pentru investigarea realității și gravității situației. În consecință, raportându-ne la aspectele concrete ale speței, există obligația autorităților statale de a preveni încălcările drepturilor omului. În comentariile avansate de Curte asupra speței, a fost subliniată ideea că delimitarea temporală a obligației de prevenire a violărilor drepturilor omului trebuie să aibă în vedere două coordonate temporale: perioada anterioară dispariției celor trei victime și perioada anterioară descoperirii cadavrelor celor trei victime. Neîndeplinirea obligației de prevenire în momentul anterior dispariției celor trei victime rezultă din desconsiderarea climatului de violență împotriva femeilor și din neglijarea rolului pe care factorul cultural îl are în menținerea și exacerbarea stării de violență. În raport cu al doilea moment – cel al perioadei anterioare descoperirii cadavrelor celor trei victime, obligația de prevenire a fost încălcată prin lipsa operativității în demararea acțiunilor de investigare – în acest sens, după cum am expus în rândurile de mai sus, autoritățile au neglijat plângerile depuse de rudele victimelor și au desconsiderat gravitatea cazurilor, apreciind conduita victimelor prin prisma unei tipar stereotip de gândire.

În altă ordine de idei, obligația autorităților statale de a investiga cauza este îndeplinită concomitent cu obligația de a trage la răspundere făptuitorii și cu obligația de a asigura compensații în favoarea victimei. Deși este calificată din punct de vedere juridic precum o obligație de mijloace, obligația de a investiga devine efectivă în măsura în care autoritățile acționează în mod imparțial, cu respectarea standardelor profesionale și având în vedere cercetarea minuțioasă a cauzei. Rezultatul investigației riguroase constă în identificarea și sancționarea făptuitorilor precum și în acordarea de compensații corespunzătoare victimei.

Suntem de părere că investigațiile desfășurate în cauză trebuiau să respecte cerințele rigurozității, operativității și efectivității cu atât mai mult cu cât două dintre victime sunt minore iar principiul interesului superior al copilului – a cărui prevalență în cauză este implicită – presupune acordarea unei protecții sporite din partea autorităților. Prevalența principiului interesului superior al copilului se traduce în asigurarea tuturor prerogativelor necesare pentru dezvoltarea și existența armonioasă a acestuia iar, în cazul de față, cele două victime minore erau îndrituite să devină beneficiarele unei protecții sporite din partea statului datorită statutului lor special subliniat prin două caracteristici cumulative: (1) calitatea de a fi copil și (2) calitatea de a aparține genului feminin. Astfel, neîndeplinind obligația de a desfășura investigații efective în cauză, statul încalcă în mod implicit și art. 19 din Convenția Americană a Drepturilor Omului care este consacrat protecției drepturilor copilului. În aceeași ordine de idei, considerăm că lipsa investigațiilor eficiente a condus la încălcarea dreptului la tratamente umane a rudelor apropiate ale victimelor, acestea fiind supuse la suferințe psihologice grave prin neimplicarea autorităților în soluționarea cauzei.

Prin raportare la situația de fapt și de drept a speței, Curtea a concluzionat încălcarea dreptului la viață (art. 4 din Convenția Americană a Drepturilor Omului), la tratamente umane (art. 5 din Convenția Americană a Drepturilor Omului), la libertate personală a victimelor [art. 7 alin. (1) din Convenția Americană a Drepturilor Omului]. De asemenea, Curtea a statuat că este necesară continuarea procedurilor penale pentru identificarea și tragerea la răspundere a făptuitorilor, oferind, în acest sens statului ca linii directoare de acțiune: obligația de a aplica perspectiva de gen în investigații; obligația autorităților de a acționa în mod imparțial și independent, asigurând publicitatea și transparența procedurilor și înlăturând toate obstacolele depistate în analiza cauzei.

IV.1.3. Cauza Masacrul Las Dos Erres împotriva Guatemalei¹

În cauza *Masacrul Las Dos Erres împotriva Guatemalei* este pus în discuție principiul due diligence și obligația statului de a aplica principiul ante-menționat în investigarea actelor de violență aferente masacrului produs în perioada 6-8 decembrie 1982 în comunitatea Las Dos Erres din departamentul Peten. În analiza cazului vom avea în vedere observarea modului în care actele violente ale forțelor armate speciale au violat drepturile omului în general și drepturile femeilor în special. În concret, vom urmări gradul în care perspectiva de gen a fost luată în considerare de autorități în investigarea cauzei.

Situația de fapt a cauzei poate fi sintetizată în baza a următoarelor repere: masacrul a debutat la orele 16:30 p.m. când forțele speciale ale armatei guatemaleze (kaibiles) au reunit bărbații din comunitate într-un loc situat în afara școlii, i-au imobilizat legându-i la ochi și la mâini și i-au forțat să meargă într-un loc aflat în afara comunității, în apropierea unei fântâni părăsite unde i-au executat. Ulterior, femeile și copiii au fost transportați în același loc, pe drum aplicându-li-se violențe, femeile și fetele fiind supuse la abuzuri sexuale. Odată ajunși la destinație, forțele speciale au interogată femeile asupra apartenenței lor la trupele de gherilă iar ulterior le-au omorât. Actele de violență s-au repetat în zilele următoare pentru ca, pe data de 9 decembrie 1982 când rezidenții satului Las Cruces s-au apropiat de satul Las Dos Erres, urmele de violență ale masacrului desfășurat în zilele anterioare erau evidente. *Apreciem că situația de fapt indică urmări diferite pe care violențele le-au determinat asupra femeilor și asupra bărbaților – victime ale masacrului. Actele de violență împotriva femeilor s-au remarcat prin cruzimea tratamentelor aplicate femeilor însărcinate care au fost violate și/sau au fost supuse avorturilor de către forțele de poliție.*

Privitor la cadrul juridic relevant pentru speță, Comisia a invocat încălcarea, din partea statului guatemalez, a prevederilor Convenției Americane a Drepturilor Omului, a dispozițiilor Convenției Belem do Para și a dispozițiilor Convenției Inter-Americane Împotriva Torturii. Este demn de menționat că Guatemala a negat încălcarea dispozițiilor identificate de Comisia Inter-Americană aferente ultimelor două convenții susținând că acestea nu erau în vigoare la data comiterii masacrului.

Curtea Inter-Americană a formulat un raționament juridic pertinent, răspunzând statului guatemalez prin evidențierea următoarelor aspecte: la epoca faptelor, Convenția Americană a Drepturilor Omului era efectivă și, în conformitate cu prevederile acesteia (art. 1.1), statele părți au responsabilitatea de a asigura exercițiul drepturilor și libertăților conținute în prezenta convenție pentru toate persoanele aflate sub jurisdicția sa. Obligația menționată avea caracter constrângător inclusiv la data recunoașterii, de către statul guatemalez, a jurisdicției Curții Inter-Americane. Ratificarea de către statul guatemalez a Convenției Inter-Americane de Prevenire și Pedepsire a Torturii (29 ianuarie 1987), respectiv ratificarea Convenției Belem do Para (4 aprilie 1995) a determinat ca dispozițiile cuprinse în cele două convenții să acționeze pentru a complementa *corpus iuris* dezvoltat la nivel regional pentru asigurarea tratamentelor umane și, implicit, pentru a complementa obligațiile statelor părți stipulate în Convenția Americană a Drepturilor Omului. În temeiul acestor argumente juridice, Curtea Inter-Americană consideră statul guatemalez ca fiind obligat să respecte dispozițiile celor trei convenții și să le aplice în actele de investigare și judecată aferente cauzei. De asemenea, Curtea a stabilit că în cauza masacrului de la Dos Erres sunt incidente: (1) dispozițiile Convenției Americane a Drepturilor Omului (art. 8 – dreptul la un proces echitabil; art. 25 – dreptul la protecție judiciară; art. 1 – obligația statelor părți de a respecta drepturile și libertățile conținute în

¹ Case „*Las Dos Erres Massacre*” v. *Guatemala*, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment of the Inter-American Court of Human Rights, 24 November, 2009. În analiza speței, am avut în vedere informațiile expuse în lucrarea Center for Justice and International Law, *op. cit.*, pp. 64-68.

Convenție; art. 2 – în virtutea căruia, dacă drepturile și libertățile la care face referire art. 1 nu sunt deja asigurate prin prevederile legale sau prin alte mijloace interne ale statului, statele părți vor adopta, în acord cu prevederile lor constituționale, măsuri de natură legislativă sau de altă natură pentru a asigura punerea în aplicare a respectivelor prerogative); (2) dispozițiile Convenției Inter-Americane împotriva Torturii (art. 1 – prescrie angajamentul statelor părți de a preveni și de a pedepsi tortura în acord cu termenii acestei Convenții; art. 2 – stabilește semnificația conceptului de *tortură* și delimitează între actele care pot fi cuprinse în această categorie); (3) dispozițiile Convenției Belem do Para (Curtea accentuează obligația statului guatemalez de a acționa cu diligența necesară (due diligence) în vederea obținerii unei protecții consolidate a drepturilor femeii la nivel regional – art. 7 lit. b) fiind determinant în acest sens).

Similar cu situația evocată în spețele anterioare, problema centrală de drept a speței prezente constă în gradul în care statul guatemalez a respectat principiul due diligence în conducerea investigațiilor. În acest sens, Curtea Inter-Americană observă că autoritățile statale nu au procedat la o temeinică verificare a circumstanțelor cauzei deși existau indicii suficiente. Mai clar, Curtea reține că plângerea inițială înregistrată în fața tribunalului național avea ca obiect înfrângerea dreptului la viață a victimelor masacrului, fără a fi adus în discuție aspectul tratamentelor inumane/actelor de tortură la care au fost supuse victimele înainte de a fi omorâte. Cu toate că existau dovezi clare din care rezultă încălcări suplimentare ale drepturilor omului comise în urma masacrului de Las Dos Erres, autoritățile guatemleze au neglijat din investigațiile lor aspectul referitor la tortură și la supunerea victimelor la tratamente inumane, rezumându-se la cercetarea aspectelor manifeste – privitoare la încălcarea dreptului la viață al victimelor. În categoria dovezilor menite să demonstreze actele de tortură la care au fost supuse victimele, Curtea Inter-Americană a reținut mărturia unor persoane care au activat în armata guatemaleză (kaibiles) care indica faptul că în timpul reunirii bărbaților pentru a fi transportați în afara comunității, aceștia erau torturați pentru a oferi informații referitoare la armele pe care le dețin și la presupusa lor apartenență la forțele de gherilă. Mărturia a fost completată cu informația potrivit căreia în cazul în care bărbații refuzau să comunice cu reprezentanții kaibiles, aceștia erau supuși la acte de violență fizică (lovituri) sau la acte de violență psihică (constând în intimidări, amenințări sau fiind obligați să asiste la violul copiilor lor). Mai mult, statul nu a luat în calcul declarațiile oferite de supraviețuitorii masacrului conform cărora fetele și femeile au fost violate iar femeile însărcinate au fost supuse avorturilor induse.

În contextul dat, statul nu a acționat în acord cu principiul due diligence întrucât nu a investigat în mod detaliat toate circumstanțele cauzei. Evidențele referitoare la actele de violență sexuală la care au fost supuse femeile și fetele au fost consolidate prin concluziile stabilite de Curte în alte spețe similare care aveau ca obiect drepturile femeilor în ipoteza conflictelor armate. Conform observațiilor Curții¹ în situațiile de conflict armat, femeile constituie un segment deosebit de vulnerabil, fiind alese ca victime ale violențelor sexuale cu scopul de a anihila onoarea și demnitatea comunității de care aparțin și, în subsidiar, cu scopul de a aneantiza demnitatea umană a acestora. Astfel de violări ale drepturilor femeilor au fost apreciate de Curtea Inter-Americană ca încălcări a unor dispoziții de *jus cogens* care stabilesc în sarcina statului obligația de a acționa cu diligența necesară cu finalitatea de a identifica și pedepsi făptuitorii. În speță, autoritățile guatemleze au desfășurat acte de cercetare exclusiv cu privire la infracțiunile de ucidere; actele de tortură aplicate femeilor fiind omise din sfera cercetărilor. În hotărârea sa, Curtea îndrumă statul Guatemala să procedeze la punerea în practică a principiului due diligence și să investigheze cauza ținând cont de toate circumstanțele sale, astfel încât să nu existe impunitate cu privire la actele de tortură săvârșite

¹ *Case of the Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala. Reparations and Costs*, paragraph 49.19.

de organizatorii masacrului. În egală măsură, este recomandat statului guatemalez să ia în considerare perspectiva de gen în conducerea investigațiilor și a procesului de sancționare a făptuitorilor, ținând cont de faptul că actele de tortură la care au fost supuse victimele afectează în mod diferit femeile și bărbații prin modul de operare folosit.

○ IV.2. Decizii ale Comisiei Inter-Americane a Drepturilor Omului

IV.2.1. Cauza *Raquel Martin de Mejia împotriva Peru*¹

Cauza *Raquel Martin de Mejia împotriva Peru* a fost preluată de Comisia Inter-Americană pentru a fi evaluată sub jurisdicția sa. Din punct de vedere juridic, analiza cauzei se întemeiază pe presupusa încălcare a art. 1.1 din Convenția Americană a Drepturilor Omului (obligația statelor-părți de a asigura în favoarea persoanelor aflate sub jurisdicția Convenției Americane, drepturile și libertățile cuprinse în Convenție în mod nediscriminatoriu), respectiv a dreptului la tratamente umane înscris în art. 5 din Convenție și a dreptului la intimitate prevăzut în art. 11 din același document. Din punct de vedere factual, situația cauzei se prezintă în modul următor: pe data de 15 iunie 1989, un grup de bărbați mascați și înarmați aparținând forțelor militare au pătruns în locuința doctorului Fernando Mejia Egocheaga, amenințându-l și solicitându-i să îi urmeze. Unul dintre aceștia a revenit la scurt interval în casa doctorului Mejia sub pretextul obținerii documentelor de identitate ale acestuia. Soția doctorului Mejia a încercat să îi explice acestuia că nici ea și nici soțul său nu aparțin unor grupări subversive însă, în replică, bărbatul a violat-o în repetate rânduri amenințându-o că, în ipoteza în care va depune plângere la autorități, soțul său va fi ucis. După ce a aflat de moartea soțului său, Raquel Mejia a inițiat formalitățile necesare pentru identificarea și pedepsirea făptuitorilor, însă, în demersul său, a suferit amenințări anonime cu moartea în cazul în care va insista cu desfășurarea investigațiilor în cazul soțului său. Cedând amenințărilor, Raquel Mejia a părăsit statul Peru în 1989, obținând azil politic în Suedia.

Luând spre analiză temeiul juridic al cauzei inclus în art. 5 din Convenția Americană a Drepturilor Omului observăm că abuzul sexual, în măsura în care este atribuit unei autorități statale, atrage răspunderea statului indiferent dacă abuzul sexual este utilizat în mod sistematic, precum o practică a autorităților statale sau dacă abuzul sexual este aplicat de autoritățile statale deoarece statul nu își îndeplinește obligația de a organiza structurile legale și administrative în scopul de a preveni orice încălcări în materia drepturilor omului. În corpul prevederilor internaționale care alcătuiesc dreptul internațional umanitar, dispozițiile Convenției de la Geneva (ne referim în mod expres la cea de-a patra Convenție de la Geneva din 1949) interzic abuzurile sexuale în caz de conflict armat asupra populației civile. De asemenea, violul este inclus în categoria tratamentelor inumane și a torturii. Articolul 5 din Convenția Americană a Drepturilor Omului stabilit sub titulatura *dreptul la tratamente umane* este laconic în exprimarea utilizată în primele două alineate, menționând, cu titlu general, dreptul oricărei persoane la a îi fi respectată integritatea fizică, mentală și morală și interdicția corelativă de a supune orice persoană la tratamente sau pedepse crude, inumane sau degradante.

Convenția Inter-Americană Pentru Prevenirea și Pedepsirea Torturii stabilește definiția torturii prin îndeplinirea cumulativă a trei elemente: (1) *existența unui act intențional prin intermediul căruia este cauzată unei persoane suferință fizică și mentală*; (2) *actul în cauză*

¹ Case of *Raquel Martin de Mejia v. Peru*, La Comision Inter-Americana de Derechos Humanos, Informe Final no. 5/1996, caso 10.970. Analiza speței a avut în vedere informațiile prezentate în lucrarea Center for Justice and International Law, *op. cit.*, pp. 72-79.

trebuie să urmărească un scop; (3) trebuie să fie comis de un oficial public sau de o persoană privată care acționează la instigarea acestuia.

În speță, violul comis asupra lui Raquel Mejia a avut finalitatea de a intimida victima, de a o descuraja din presupusa activitate subversivă pe care victima o desfășura și de a preveni orice demers legal pe care victima l-ar fi putut iniția în vederea obținerii de informații despre soțul său sau, în scopul demarării unor investigații legale care să conducă la aflarea adevărului despre starea soțului victimei. Raportorul special împotriva torturii¹ recunoaște că violul este o formă de tortură fizică și psihică utilizată adesea în statele în care există regimuri instabile în scopul denigrării victimei și familiei și comunității de care victima aparține. Este demn de menționat că în speța dată, infracțiunea de viol era reglementată, la epoca faptelor, în Codul penal peruan în art. 170 care stabilea conținutul infracțiunii *prin obligarea unei persoane, prin violență sau amenințări serioase, la întreținerea actului sexual (...)*.

Articolul 11 din Convenția Americană a Drepturilor Omului menționează *dreptul la intimitate* care este organizat în jurul a trei prerogative distincte: (1) dreptul fiecărei persoane la recunoașterea și respectul onoarei și demnității; (2) dreptul de a nu fi supus interferențelor abuzive sau arbitrare în ceea ce privește viața, familia, căminul său sau în privința corespondenței sale, precum și dreptul de a nu fi supus unor atacuri ilegale asupra onoarei sau reputației; (3) dreptul fiecărei persoane de a beneficia de protecție legală împotriva unor asemenea interferențe sau atacuri. Revenind la circumstanțele de fapt ale speței, actele de violență asupra doctorului Mejia și asupra soției acestuia s-au produs în spațiul privat provenind din partea unor autorități ale statului aflate în exercitarea atribuțiilor de serviciu. Coroborând dispozițiile art. 11 din Convenția Americană a Drepturilor Omului cu situația de fapt existentă în speță, este evident că doctorului Mejia și soției sale le-a fost încălcat dreptul la intimitate în cele trei prerogative expuse.

În lumina analizei întreprinsă de Comisia Inter-Americană, concluziile stabilite în cauză atestă în sarcina statului Peru încălcarea dreptului la tratamente umane și a dreptului la intimitate invocate de reclamanta Raquel Mejia în conexiune cu încălcarea obligației de a respecta drepturile și libertățile Convenției Americane menționată în art. 1 alin. (1).

IV.2.2. Cauza X și Y împotriva Argentinei²

Cauza X și Y împotriva Argentinei supusă jurisdicției Comisei Inter-Americane impune o analiză juridică elaborată asupra art. 5, 11, 17, 19 și 24 din Convenția Inter-Americană a Drepturilor Omului. Circumstanțele de fapt, precizate în cererea primită de Comisie, se referă la situația Doamnei X și a fiicei sale în vârstă de 13 ani – Y care au fost supuse în repetate rânduri la controale ginecologice în calitate de vizitatoare ale soțului doamnei X și tatăl fiicei sale, Y, – care, la epoca faptelor, era deținut în unitatea 1 a Serviciului Federal al Penitenciarelor. Pentru a combate această practică, doamna X a recurs la o cale specifică de atac numită în dreptul argentinian *recurso de amparo* în care erau prezentate ca argumente legale în defavoarea controlului ginecologic al vizitatoarelor deținuților din Penitenciarul aflat în subordinea Serviciului Federal următoarele: (1) înfrângerea dreptului la demnitate și onoare al persoanelor supuse acestei practici; (2) aplicarea inechitabilă a măsurilor specifice procedurilor

¹ D. Blair, *Recognizing Rape as a Method of Torture*, New York University Law and Sociology Review Change, pp. 821, 854.

² Case X and Y v. Argentina, Merits, Case no. 10.506, Inter-American Human Rights Commission report no. 38/1996, 1996. În realizarea prezentei secțiuni, am avut în vedere informațiile expuse în lucrarea Center for Justice and International Law, *Tools for the protection of human rights. Summaries of jurisprudence. Gender based violence*, compiled by L. Tojo, 2010, pp. 82-91.

penale (acestea extinzându-se în cazul de față asupra unor alte persoane decât persoana condamnatului); (3) caracterul discriminatoriu al măsurii având în vedere că aceasta vizează în mod exclusiv femeile și poate atrage traume fizice și psihologice persoanelor care fac obiectul acestei măsuri. Față de argumentele formulate de doamna X cu ocazia exercitării căii de atac numită *recurso de amparo*, Mario Luis Soto – conducătorul Departamentului de Securitate Internă al Sistemului Federal de Penitenciare a declarat că inspecțiile vaginale sunt obligatorii pentru toate vizitatoarele penitenciarului, fără derogare, în temeiul politicii de prevenire și combatere a traficului de droguri. În ceea ce privește amănuntul referitor la percheziționarea intimă a fiicei doamnei X care este minoră, Mario Luis Soto a dat asigurări că fiind în discuție integritatea fizică și psihologică a unui copil, inspecțiile vaginale nu vor fi atât de amănunțite și se vor întreprinde sub supravegherea ambilor părinți.

În considerarea circumstanțelor faptice ale cauzei și având în vedere drepturile pretinse a fi încălcate de autoritățile argentinienne prin practica inspecțiilor vaginale (ne referim, în mod concret, la dreptul la tratamente umane, dreptul la protecția onoarei și a demnității, dreptul la protecția vieții de familie, la drepturile copilului) Comisia a verificat *modul în care statul argentinian a înțeles să își îndeplinească obligația înscrisă în art. 1 alin. (1) din Convenția Americană a Drepturilor Omului*. Mai clar, obiectul verificării l-a format analiza legitimității măsurii inspecției vaginale care limitează drepturile enunțate anterior. Urmărind finalitatea de a evalua legitimitatea limitării drepturilor conținute în Convenția Americană, Comisia a aplicat, în circumstanțele date, testul celor trei condiții pe care trebuie să le îndeplinească măsura menită să limiteze dreptul la tratamente umane, dreptul la onoare și demnitate, dreptul la protecția vieții de familie, drepturile copilului: (1) măsura trebuie să fie stabilită prin lege; (2) măsura trebuie să aibă caracter necesar pentru toți membrii societății și trebuie să fie în acord cu cerințele unei societăți democratice; (3) aplicarea măsurii trebuie să fie limitată la circumstanțele specifice prezentate în art. 32.2 și să fie proporțională și rezonabilă pentru atingerea obiectivelor. Analizând prima condiție – aferentă caracterului legal al limitării – Comisia atestă că legalitatea măsurii inspecției vaginale a vizitatoarelor este verificată întrucât măsura este înscrisă în regulile interne ale penitenciarului. Astfel, este reglementată în detaliu procedura în funcție de care se desfășoară inspecția vaginală și în consecință această măsură nu are caracter arbitrar. În privința celei de-a doua condiții – legată de caracterul necesar pentru securitatea tuturor membrilor societății și pentru îndeplinirea cerințelor existente într-o societate democratică Comisia admite că statele din sistemul inter-american promovează, prin regulamentele interne ale penitenciarelor, reguli menite să asigure ordinea și securitatea în centrele de detenție, contribuind astfel la consolidarea climatului de securitate pentru toți membrii societății. Pe de altă parte, Comisia consideră că măsurile de inspecție și percheziție trebuie să fie aplicate persoanelor deținute (drepturile persoanelor deținute aflându-se deja sub sfera unor restricționări legitime derivând din statutul lor) și nu se pot extinde asupra vizitatorilor – o atare măsură fiind inechitabilă.

Contactul dintre deținuți și membrii familiilor acestora trebuie să fie asigurat în virtutea asigurării dreptului la protecția vieții de familie însă exercitarea acestui drept nu implică *de plano* limitări asupra drepturilor vizitatorilor – aceștia din urmă diferențiindu-se în mod esențial de categoria deținuților și statutul presupus de această calitate.

Suntem de părere că extinderea măsurii inspecției vaginale asupra tuturor vizitatoarelor este o măsură profund inechitabilă întrucât pornește de la supoziția conform căreia orice persoană de sex feminin, care își dorește exercitarea dreptului la viață de familie în limitele consacrate de Convenția Americană a Drepturilor Omului, urmărește încălcarea legii și a regulamentelor interne ale penitenciarului. De asemenea, apreciem că inechitatea derivă din lipsa de contextualizare a aplicării măsurii inspecției vaginale. În mod concret, măsura poate fi păstrată pentru a fi aplicată în ipoteza în care sunt îndeplinite cumulativ o seamă de cerințe privitoare la

persoana vizată prin măsura respectivă (*exempli gratia*, *antecedente penale*), fără a extinde în mod injust și sistematic măsura asupra tuturor persoanelor de sex feminin. În aceeași ordine de idei, pornind de la prezumția conform căreia femeile vizitatoare urmăresc obiective ilicite precum traficul de droguri și punerea în pericol a securității membrilor societății prin interacțiunea cu membrii familiei care sunt deținuți, este invalidat principiul în dubio pro reo iar măsura inspecției vaginale aplicată în mod generalizat devine injustă.

Relativ la caracterul proporțional și rezonabil al măsurii investigației vaginale, Comisia consideră că acesta trebuie să se evalueze prin intermediul unui test în patru etape: (1) măsura trebuie să fie absolut necesară pentru a atinge obiectivul securității publice, (2) măsura să fie aleasă în lipsa unei alte opțiuni pertinente, (3) măsura trebuie să fie determinată de ordinea judiciară, (4) în aplicarea măsurii trebuie să se recurgă la un specialist în domeniul medical. Lipsa unei alternative pertinente măsurii discutate este imposibil de dovedit în cazul de față. După cum sublinia și Comisia Inter-Americană în comentariile sale, statutul de deținut determină obligații din partea statului în sensul în care acesta din urmă este responsabil pentru siguranța și bunăstarea deținuților dar și pentru adoptarea de măsuri menite să asigure ordinea la nivelul centrului de detenție. Relația stabilită între deținuți și autoritățile centrului de detenție în virtutea obligațiilor corespunzătoare autorităților creează premisele pentru a aplica măsuri de monitorizare a activității deținuților cu scopul preîntâmpinării posibilelor activități ilegale ale acestora, fără a implica vizitorii centrelor de detenție.

Revenind la temeiul de drept al speței, art. 5 alin. (3) din Convenția Americană a Drepturilor Omului este ilustrativ pentru a susține ipoteza conform căreia măsura restrictivă de drepturi a inspecției intime nu poate fi aplicată asupra persoanelor aflate în relații de rudenie cu deținuți. Potrivit textului Convenției citat mai sus, *pedeapsa nu va fi extinsă asupra unei alte persoane decât criminalul*. Măsura luată în discuție nu are caracter punitiv ci, după cum subliniază autoritățile penitenciarului, prin aceasta se dorește prevenirea și combaterea traficului de droguri la nivelul deținuților. Cu toate acestea, *apreciem că autoritățile închisorii trebuie să evalueze caracterul măsurii inspecției în funcție de conținutul său și de finalitatea concretă asupra drepturilor vizitatoarelor* (limitarea unor drepturi protejate prin Convenția Americană) și nu în funcție de finalitatea teoretică dorită de acestea. Subliniem, din nou, necesitatea practicării măsurii inspecției intime asupra vizitatoarelor în mod circumstanțiat (în funcție de gradul de pericolozitate presupus de vizitatoarea în cauză, de antecedentele acesteia sau de informațiile aferente activității de consum/trafic de droguri întreprinse de membrii de familie deținuți pe care îi vizitează).

Articolul 11 din Convenție reglementează dreptul la intimitate, pornind de la premisa că fiecare individ are dreptul la a-i fi recunoscute și respectate onoarea și demnitatea iar pentru protejarea intimității sale, alin. (2) al art. 11 prevede că *nimeni nu va fi supus interferențelor arbitrare sau abuzive în privința vieții private, vieții de familie, căminului sau în privința corespondenței și nici nu va fi supus atacurilor nelegale în ceea ce privește onoarea sau reputația sa*. Din punctul nostru de vedere, art. 11 alin. (2) așază în balanță două aspecte de interes: protecția intimității persoanei și înlăturarea interferențelor arbitrare sau abuzive pentru realizarea dreptului la intimitate. Prin raportare la circumstanțele speței, observăm că măsura inspecției vizitatoarelor nu este ilegală (fiind prevăzută prin regulamentul penitenciarului cu un scop bine precizat – de a combate traficul și consumul de droguri în mediul deținuților) însă, problema caracterului arbitrar sau abuziv subzistă – aceasta raportându-se la rezonabilitatea măsurii și la modul contextualizat în care trebuie să se aplice.

Comisia explică interferența arbitrară și abuzivă a măsurii luate de autoritățile penitenciarului prin apel la alte două caracteristici: proporționalitatea și lipsa de predictibilitate. Dacă testul proporționalității arată că încălcarea drepturilor omului consacrate în Convenția Americană, comisă în defavoarea vizitatoarelor este disproporționată prin comparație cu scopul urmărit de autorități, testul predictibilității aduce în discuție necesitatea stabilirii unor

standarde în funcție de care să se desfășoare măsura inspecției – standarde care să implice, printre altele, efectuarea inspecției de către personalul medical de specialitate și în conformitate cu rigorile deontologice impuse de această profesie.

Doamna X a argumentat că în temeiul exercițiului drepturilor familiei – stipulate în art. 17 din Convenția Americană – a întreprins, împreună cu fiica sa de 13 ani, vizite regulate la penitenciarul în care era deținut soțul său și tatăl fiicei sale. Impunerea măsurii inspecției vaginale pentru vizitatoarele închisorii a condus, în opinia doamnei X la îngrădirea altor drepturi conținute în Convenție, inclusiv a drepturilor familiei menționate anterior. Relativ la acest aspect, Comisia Inter-Americană a statuat că drepturile familiei menționate în art. 17 se înscriu în categoria drepturilor *fundamentale, non-derogabile* din Convenția Americană întrucât asigură dezvoltarea armonioasă a individului alături de alți membri ai familiei.

Comisia mai reține aceea că deși drepturile familiei pot fi restricționate dacă unul dintre membrii familiei se află în stare de detenție sau în exercitarea serviciului militar, în sarcina statului rămâne obligația cuprinsă în art. 1 alin. (1) din Convenția Americană, în virtutea căreia statul este responsabil pentru adoptarea măsurilor necesare asigurării, în favoarea tuturor persoanelor aflate sub jurisdicția sa, a exercițiului drepturilor și libertăților cuprinse în Convenție. Situația cauzei arată că prin impunerea măsurii inspecției vaginale obligatorii asupra vizitatoarelor penitenciarului, statul a admis limitarea drepturilor familiei însă a determinat, adițional, acestei limitări inerente produsă de starea de detenție a unuia dintre membrii familiei, impunerea unor obstacole suplimentare pentru exercitarea drepturilor familiei. În alte cuvinte, prin măsura impusă, statul argentinian nu și-a respectat obligația asumată prin art. 1 alin. (1) din Convenția Americană. Comisia a remarcat că este datoria legală a statului să inițieze orice măsură menită să asigure exercițiul drepturilor de care se bucură familia iar, în cazul în care adoptă măsuri care contravin exercitării acestui drept non-derogabil, răspunderea statului este angajată.

Încălcarea drepturilor copilului – cuprinse în art. 19 din Convenția Americană – este o problemă de drept care poate fi formulată dacă evaluăm aplicarea măsurii inspecției vaginale asupra fiicei în vârstă de 13 ani a doamnei X. În cazul acesteia din urmă, un posibil acord pentru a se supune măsurii adoptate de penitenciar nu este valabil deoarece starea sa de minoritate nu îi permite să procedeze la o corectă evaluare a faptelor/a consecințelor faptelor care decurg din măsura aplicată. Astfel, orice acord exprimat de minoră ar fi fost lipsit de valoare juridică în contextul în care mama acesteia – doamna X – în calitate de tutore și persoană preocupată de obținerea interesului superior al fiicei sale s-a opus măsurii penitenciarului, considerând-o injustă atât pentru sine cât și pentru fiica sa. Prin aplicarea măsurii inspecției vaginale unui copil în vârstă de 13 ani, statul argentinian își încalcă obligația prevăzută în art. 1 alin. (1) din Convenția Americană – de a realiza toate demersurile necesare pentru exercițiul liber și efectiv al drepturilor din convenție-, în special obligația de a asigura exercitarea liberă și efectivă a drepturilor copilului incluse în ante-menționatul art. 19. În termeni generali, art. 19 recunoaște fiecărui copil minor dreptul la măsuri de protecție din partea statului, familiei, societății – măsuri care sunt necesare pentru ocrotirea stării vulnerabile inerentă minorității.

Comisia nu s-a pronunțat în analiza sa asupra efectului pe care măsura o are în raport cu dreptul la egalitate în fața legii cuprins în art. 24 din Convenția Americană. Apreciem că prin izolarea problemei discriminării de cadrul juridic incident în speță, nu putem obține o analiză coerentă. *Suntem de părere că în cazul dat, diferențierea între justițiabili a operat în funcție de criteriul gen, fără a exista în acest sens o justificare obiectivă sau rezonabilă. Argumentul oficialilor penitenciarului adus în sprijinul măsurii inspecției vaginale consta în prevenirea și combaterea traficului de droguri însă, pentru obținerea acestui obiectiv, a fost adoptată o măsură particulară, care prin natura sa poate fi aplicată genului feminin și, în consecință, doar vizitatorilor de gen feminin. Astfel, vizitatorii bărbați sunt exceptați de la asemenea măsuri grație constituției lor*

bio-fizice și se creează o stare de inegalitate în fața legii, femeile fiind într-o poziție de subordonare, în afara sferei de protecție legală. După cum afirma Comisia Inter-Americană în concluziile sale, măsura inspecției vaginale, deși reglementată prin normele interne ale penitenciarului are caracter ilegal din cauza faptului că este impusă sub forma unei pre-condiții pentru ca reclamantele X și Y să exercite vizite la penitenciar și, în consecință, să beneficieze de drepturile familiei. Comisia observă și faptul că lipsa garanțiilor juridice și sanitare pentru efectuarea, cu previzibilitate și rezonabilitate, a inspecției vaginale asupra vizitatoarelor, conduce la încălcarea, de către statul argentinian, a drepturile reclamantelor X și Y cuprinse în art. 5, 11, 17, 19 din Convenția Americană prin raportare la obligația generală a statului argentinian de a asigura exercițiul liber și deplin al tuturor drepturilor și libertăților cuprinse în Convenția Americană.

IV.2.3. Cauza *Maria Eugenia Morales de Sierra împotriva Guatemalei*¹

În cauza *Maria Eugenia Morales de Sierra împotriva Guatemalei*, Comisia Inter-Americană a Drepturilor Omului a fost sesizată cu o petiție formulată pe data de 8 februarie 1995 de către reclamantă Maria Eugenia Morales de Sierra și Centrul Pentru Justiție și Drept Internațional, în care se solicita constatarea încălcărilor drepturilor omului comise prin conținutul art. 109, 110, 113, 114, 115, 131, 133, 255 și 317 din Codul civil al republicii Guatemala. Reclamantii pretind că prin aplicarea textelor de lege ante-menționate sunt obținute rezultate discriminatorii asupra populației de gen feminin, promovând tipare tradiționale asupra rolurilor de gen care sunt ofensatoare pentru femei și determinând prin aceasta încălcarea drepturilor menționate în Convenția Americană a Drepturilor Omului în art. 1 alin. (1), art. 2, art. 17, art. 24. Este interesant de reținut că modificările legislației civile guatemaleze s-au realizat pe fondul nevoii de definire a rolurilor de gen în cadrul societății iar, varianta finală a articolelor din Codul civil guatemalez la care ne vom referi în cele ce urmează, a fost adoptată dintre alte variante propuse Comisiilor Congresului guatemalez care are competență în a se pronunța asupra inițiativelor legislative. Dat fiind caracterul inechitabil al prevederilor articolelor din Codul civil guatemalez, petenții au contestat constituționalitatea acestor dispoziții la Curtea Constituțională însă, în urma analizei asupra textelor de lege, Curtea s-a pronunțat în favoarea constituționalității dispozițiilor, argumentând *siguranța juridică pe care dispozițiile în cauză o acordă instituției căsătoriei*. În mod concret, ideile susținute de textele contestate pot fi rezumate astfel: – art. 109 stabilește că soțul are puterea de a reprezenta uniunea maritală în raporturile sociale; art. 110 alocă în sarcina soției dreptul și obligația specială de a avea grijă de copiii minori; art. 113 menționează că femeia căsătorită poate desfășura activitate în afara căminului familial sau își poate menține activitatea desfășurată în virtutea serviciului în măsura în care aceste activități nu împiedică îndeplinirea rolului de mamă și de îngrijitoare a căminului; art. 114 completează prevederile anterior menționate și stabilește în mod expres prerogativa soțului de a se opune activităților angajate de soția sa în afara căminului atât timp cât soțul își îndeplinește rolul de întreținător al familiei și are motive întemeiate – în caz de controversă, va decide judecătorul; art. 115 identifică situațiile excepționale în care soția poate reprezenta în relațiile sociale uniunea maritală; art. 131 și 133 stabilesc prerogativele soțului de a administra proprietatea maritală și excepțiile de la regulă; art. 255 impune primatul soțului în responsabilitățile care decurg din reprezentarea copiilor și a uniunii maritale alături de prerogativa

¹ Case *Maria Eugenia Morale de Sierra v. Guatemala*, Inter-American Commission on Human Rights, Case no. 11.625, Final Report, 28/1998. Pentru mai multe detalii, a se consulta Center for Justice and International Law, op. cit., pp. 94-103.

soțului de a administra proprietatea acestora; art. 317 menționează că în virtutea criteriilor legate de sex, femeia poate fi exonerată de exercitarea unor forme de tutelă¹.

Prin raportare la cele enunțate mai sus este limpede că articolele din Codul civil guatemalez încalcă dreptul la protecție egală în fața legii consacrat de art. 24 din Convenția Americană a Drepturilor Omului. Potrivit dreptului la protecție egală, toate persoanele sunt egale în fața legii și sunt îndrituite la o protecție egală în fața legii. Transpusă în dreptul național, exigența egalității în fața legii reclamă ca toate persoanele să beneficieze de aceeași protecție fără discriminare. Textele din Codul Civil guatemalez sunt discriminatorii, utilizând criteriul genului pentru a segrega rolurile pe care bărbatul și femeia le îndeplinesc la nivelul familiei, fără ca această distincție de roluri să fie legitimată prin apel la o măsură rezonabilă și obiectivă, respectiv prin apel la o măsură care să urmărească un scop legitim și care să fie proporțională pentru atingerea acelui scop. Trebuie să subliniem că prevederile Codului Civil guatemalez sunt discordante cu normele internaționale în materia drepturilor omului care reglementează instituția căsătoriei. *Exempli gratia*, art. 16 din Declarația Universală a Drepturilor Omului promovează egalitatea dintre soți la încheierea, pe parcursul și la desfacerea căsătoriei² iar art. 23 din Pactul Internațional cu privire la Drepturile Civile și Politice reiterează ideile expuse în art. 16 din Declarația Universală însă adaugă principiul luării măsurilor necesare pentru protecția copiilor în cazul desfacerii căsătoriei³.

În sistemul regional inter-american, principiile egalității și nediscriminării sunt evaluate de către Comisie ca fundament esențial al conceptului de *drepturi ale omului*, reprezentând punctul de plecare în formularea ideilor Declarației Americane a Drepturilor și Obligațiilor Omului și ale Convenției Inter-Americane a Drepturilor Omului. În mod similar, Curtea Inter-Americană a Drepturilor Omului atestă că principiile egalității și nediscriminării sunt inerente ideii unității în demnitate și valoare a tuturor ființelor umane. Având în vedere jurisprudența Curții Inter-Americane a Drepturilor Omului, este limpede că instanța regională evaluează în mod detaliat cauzele care au ca obiect distincții în funcție de criterii *suspecte* ca *sexul* sau *rasa*. La nivel regional inter-american este recunoscut obiectivul egalității dintre sexe, sexul fiind stabilit ca un criteriu suspect de discriminare – ceea ce semnifică faptul că în ipoteza în care instanța regională recunoaște discriminarea în funcție de sex într-o cauză dată, aceasta trebuie să identifice motive temeinice pentru a admite caracterul rezonabil și proporțional al discriminării. Cu alte cuvinte, derogarea de la principiul nediscriminării în funcție de criteriul sex trebuie să fie justificată în virtutea unor stări/situații/împrejurări deosebite astfel încât derogarea în cauză să aibă caracter legitim.

În cauza *Maria Eugenia Morales de Sierra împotriva statului Guatemala* dispozițiile Codului Civil intern au fost discutate sub aspectul egalității în fața Curții Constituționale guatemleze iar instanța internă a argumentat validarea acestora cu toate că prin prevederile contestate se

¹ Textele de lege citate aparțin Codului Civil al republicii Guatemala, art. 109-115; 131, 133, 255, 317.

² *In extenso*, art. 16 din Declarația Universală a Drepturilor Omului menționează: (1) *Cu începere de la împlinirea vârstei legale, bărbatul și femeia, fără nici o restricție în ce privește rasa, naționalitatea sau religia, au dreptul de a se căsători și de a întemeia o familie. Ei au drepturi egale la contractarea căsătoriei, în decursul căsătoriei și la desfacerea ei.* (2) *Căsătoria nu poate fi încheiată decât cu consimțământul liber și deplin al viitorilor soți.* (3) *Familia constituie elementul natural și fundamental al societății și are dreptul la ocrotire din partea societății și a statului.*

³ *In extenso*, art. 23 din Pactul Internațional cu privire la Drepturile Civile și politice stabilește: (1) *Familia este elementul natural și fundamental al societății și are dreptul la ocrotire din partea societății și a statului.* (2) *Dreptul de a se căsători și de a întemeia o familie este recunoscut femeii și bărbatului începând de la vârsta nubilă.* (3) *Nici o căsătorie nu va putea fi încheiată fără consimțământul liber și deplin al viitorilor soți.* (4) *Statele părți la prezentul pact vor lua măsurile potrivite pentru a asigura egalitatea în drepturi și responsabilități a soților în privința căsătoriei, pe parcursul căsătoriei și la desfacerea ei. În cazul desfacerii căsătoriei, vor fi luate măsuri pentru a asigura copiilor protecția necesară.*

menține, la nivel social, o stare de subordonare a populației feminine în ceea ce privește statutul femeilor în cadrul instituției căsătoriei. Argumentele Curții Constituționale în favoarea menținerii prevederilor discriminatorii cuprinse în Codul civil sunt, în opinia noastră, derizorii întrucât dețin un caracter prezumtiv, fără a oferi posibilitatea validării practice. În esență, argumentul Curții Constituționale poate fi structurat în următoarele afirmații: (1) menținerea articolelor ante-menționate din Codul civil guatemalez are ca obiectiv conservarea valorilor tradiționale guatemaleze și protecția femeilor în calitate de mame și soții; (2) articolele respective ilustrează specificul sistemului juridic guatemalez și aduc, la nivel intern, securitate și certitudine juridică.

În opinia noastră, ambele aserțiuni ale Curții Constituționale guatemaleze sunt inechitabile și au ca reper menținerea rolurilor de gen în societate astfel cum acestea derivă din conceptele culturale marianismo și machismo. Mai mult, instanța constituțională adoptă, în construirea raționamentului său, o viziune statică asupra factorului cultural, observând tradiția ca un element monolit care nu este receptiv la dinamica socială. Punerea în relație a protecției valorilor tradiționale și a ocrotirii femeilor în calitate de mame și soții cu noțiuni juridice vagi precum securitate și certitudine juridică echivalează, din punctul nostru de vedere, cu redeschiderea conflictului dintre protecția culturii și protecția drepturilor omului, dintre relativismul cultural și universalismul drepturilor omului. Drepturile femeii ca drepturi ale omului își au sorginea în valoarea egalității și în dreptul la nediscriminare iar protecția femeii în postura specială de mamă și soție nu poate fi justificată sau obținută prin implementarea in expressis verbis în Codul Civil a unor dispoziții vădit discriminatorii al căror scop este să sublinieze poziția subordonată a femeilor astfel cum aceasta decurge în conformitate cu rolurile de gen tradiționale. Pornind de la dreptul de a fi diferit care reprezintă cauza dreptului la nediscriminare, protecția femeii în calitate de mamă și soție poate fi obținută, la nivel legal, prin transpunerea în norma de drept, a unor politici destinate egalității între sexe. Este limpede că premisele egalității în acest caz sunt evidențiate prin apel la demnitatea înăscută și egală a tuturor ființelor umane precum și prin observarea caracteristicilor bio-fizice particulare ale femeilor și bărbaților, subliniindu-se injustiția situației de a trata particularitățile bio-fizice masculine ca reper.

În comentariile asupra speței, Comisia Inter-Americană a subliniat că dispozițiile Codului civil guatemalez referitoare la relațiile de familie sunt discriminatorii, negând dreptul de auto-determinare al reclamantei precum și garanțiile protecției egale în fața legii cuprinse în art. 24 din Convenția Americană a Drepturilor Omului. Comisia asociază dreptul la autodeterminare și autonomie personală al femeii cu prevederile art. 11 din Convenția Americană care prescrie, în favoarea tuturor subiecților aflați sub jurisdicția sa, dreptul la recunoașterea și respectarea demnității și onoarei precum și prerogativa de a nu fi supus interferențelor abuzive și arbitrare în viața privată înțeleasă în sens larg. Comisia interpretează dreptul la intimitate precum o dimensiune distinctă a prerogativei fiecărei persoane de a avea obiective personale și de a le urmări. Având în vedere situația descrisă în speță, reclamantei i se neagă prin legea internă a statului acest drept, autoritățile statale comițând, prin legiferarea discriminării femeilor, încălcarea art. 11 din Convenția Americană.

Apreciem că natura discriminatorie a dispozițiilor citate trebuie să fie evaluată și prin raportare la obligația statului Guatemala prevăzută în art. 1 alin. (1) din Convenția Americană de a asigura exercițiul liber și complet al drepturilor și obligațiilor conținute în Convenție fără discriminare. Comisia a adoptat o poziție contrară celei susținute de Curtea Constituțională guatemaleză și a statuat că prevederile supuse examinării nu oferă certitudine și securitate juridică raporturilor de drept. În sens contrar, acestea sunt vădit contrarii prevederilor art. 17 alin. (4) din Convenția Americană a Drepturilor Omului conform căruia statele părți trebuie să ia măsuri pertinente pentru a asigura egalitatea în drepturi și echilibrarea responsabilităților soților la încheierea căsătoriei, pe parcursul căsătoriei și la desfacerea căsătoriei.

Este interesant de observat că reclamanta în cauză nu suferă, la nivel personal, o îngrădire a dreptului la autonomie personală dat fiind faptul că reclamanta și soțul său înțeleg desfășurarea relațiilor de căsătorie pe baze partenariale, aplicând principiul egalității între soți în sensul consacrat de documentele internaționale menționate în rândurile de mai sus. După cum susține reclamanta, situația pe care articolele din Codul civil guatemalez o antrenează asupra femeilor este discriminatorie indiferent de starea de fapt existentă în relațiile dintre soți pentru că limitează femeile căsătorite în exercitarea prerogativelor pe care legea le consacră celorlalți cetățeni ai statului. Astfel, calitatea relațiilor interpersonale stabilite între soți nu are relevanță asupra caracterului discriminatoriu al articolelor analizate. Comisia Inter-Americană a stabilit că protecția egală în fața legii și exercitarea în mod egal a drepturilor și libertăților stabilite în Convenția Americană presupune, în cazul femeilor inclusiv o justă proporționare a responsabilităților familiale cu responsabilitățile asumate în sfera publică – derivate din munca prestată. În aceeași ordine de idei, Comisia Inter-Americană apreciază că menținerea, prin intermediul instrumentelor legale precum prevederile Codului civil, a unor scheme de comportament și de gândire care promovează subordonarea femeii și segregarea, la nivel familial, a rolurilor de gen stereotipe, este în sine un factor care conduce la acte de violență împotriva femeilor.

Concluziile Comisiei Inter-Americane cu privire la speța dezbătută constau în recunoașterea încălcării de către statul guatemalez, în dauna reclamantei, a dreptului la protecție egală în fața legii, a dreptului la respectul pentru viața de familie și a dreptului la intimitate conținute în art. 24, 17 și 11 din Convenția Americană. De asemenea, statul Guatemala este ținut responsabil pentru neîndeplinirea obligațiilor cuprinse în art. 1 și 2 din Convenția Americană în virtutea cărora statul trebuie să asigure respectarea drepturilor conținute de convenție și să adopte măsuri necesare pentru efectivitatea drepturilor victimei.

IV.2.4. Cauza Ana, Beatriz și Celia Gonzales Perez împotriva Mexicului¹

Cauza Ana, Beatriz și Celia Gonzales Perez împotriva Mexicului a fost supusă evaluării Comisiei Inter-Americane a Drepturilor Omului în urma unei petiții formulate de Centrul pentru Justiție și Drept Internațional prin care se solicită stabilirea răspunderii internaționale a Statelor Unite Mexicane pentru deținerea ilegală, violul și tortura surorilor Ana, Beatriz și Celia Gonzales Perez. Situația de fapt a speței se prezintă în modul următor: pe data de 4 iunie 1994, un grup alcătuit din personal militar a reținut 4 femei (surorile Ana, Beatriz și Celia Gonzales Perez și mama lor – Delia Perez de Gonzales) pentru a fi interogate. Pe parcursul interogatoriului, cele trei surori au fost despărțite de mama lor fiind abuzate fizic, psihologic și sexual. Pe data de 30 iunie 1994 a fost înregistrată o plângere la Biroul Federal al Procurorului care avea ca fundament declarațiile surorilor Ana și Beatriz conform cărora acestea au fost supuse la abuzuri de către personalul militar în urma interogatoriului și certificatul care atesta că în urma examenului ginecologic efectuat asupra celor trei surori, acestea au fost supuse violului. În septembrie 1994 cauza a fost transmisă Biroului Procurorului Public pentru Justiție Militară iar acesta din urmă a decis închiderea dosarului din motivul refuzului celor trei reclamante de a se supuse din nou unei examinări ginecologice efectuate de un expert. Având în vedere situația de fapt descrisă mai sus, se solicită Comisiei constatarea încălcării art. 5 (dreptul la

¹ Case *Ana, Beatriz and Celia Gonzales Perez v. Mexico*, the Inter-American Commission on Human Rights, case no. 11,565, Final Report of the Commission no. 53/01. Pentru mai multe detalii a se consulta Center for Justice and International Law, *op. cit.*, pp. 108-122.

tratamente umane), art. 7 (dreptul la libertate personală), art. 8 (dreptul la un proces echitabil), art. 11 (dreptul la intimitate), art. 19 (drepturile copilului) și a art. 25 (dreptul la protecție judiciară) cuprinse în Convenția Americană a Drepturilor Omului.

În analiza cauzei, Comisia Inter-Americană conexează dreptul la tratamente umane statuat în art. 5 din Convenția Americană a Drepturilor Omului cu dreptul la intimitate cuprins în art. 11 din același document ajungând la concluzia conform căreia violența sexuală, manifestată prin actele de viol comise de membrii militari asupra populației civile (în speță asupra celor trei surori) încalcă cele două prerogative.

Considerăm asocierea violului la care au fost supuse victimele cu încălcarea dreptului la tratamente umane și cu încălcarea dreptului la intimitate ca fiind justificată în temeiul următoarelor argumente: (1) prin natura sa, actul violului presupune o interferență injustă cu protecția demnității și onoarei, încălcând prin aceasta conținutul dreptului la intimitate; (2) potrivit dreptului internațional, violul comis în anumite circumstanțe este o formă specifică de tortură; în speță, violul a fost comis de membrii armatei ca o formă de represalii împotriva unui grup de femei aparținând unei zone cunoscută pentru refugiarea dizidenților; cele trei femei au fost abuzate în cadrul unei interogații ilegale la care au fost supuse de ofițeri militari sub pretinsa acuzație că cele trei femei aparțin grupării rebele EZLN; (3) încălcarea dreptului la tratamente umane poate fi reținută inclusiv în defavoarea mamei celor trei fete abuzate care a experimentat suferințe psihologice în urma separării de fiicele sale și obligării acestora la a asculta țipetele fiicelor sale în timpul comiterii actelor de abuz; (4) în opinia Comisiei Inter-Americane a Drepturilor Omului abuzurile referitoare la integritatea fizică, mentală și morală comisă de agenții statului mexican reprezintă acte de tortură.

Încălcarea drepturilor copilului în speță este remarcată de Comisie prin raportare la situația Celiei Gonzales Perez – în vârstă de 16 ani la data comiterii actelor de violență. Conform observațiilor formulate de Comisia Inter-Americană, prin actele de violență comise asupra adolescentei, respectiv prin lipsa investigațiilor efective de natură să conducă la identificarea și pedepsirea agresorilor, statul Mexic este responsabil pentru încălcarea art. 19 din Convenția Americană a Drepturilor Omului coroborat cu violarea art. 1 alin. (1) din același document care subliniază obligația statelor părți la Convenție de a respecta și asigura exercițiul liber și deplin al prerogativelor conținute în acest document.

În altă ordine de idei, conform datelor reținute în analiza Comisiei, dreptul la un proces echitabil precum și dreptul la protecție judiciară au fost încălcate printr-un ansamblu de circumstanțe: (1) deținerea și interogarea ilegală a victimelor de către forțele de ordine ale statului; (2) declinarea competenței în cercetarea cauzei în favoarea Biroului Procurorului Public Pentru Justiție Militară (organ părtinitor în evaluarea cauzei; conform Buletinului nr. 38 din 3 iulie, Departamentul de Securitate Națională a declarat că neagă acuzațiile false aduse împotriva personalului militar și își rezervă dreptul de a lua acțiune legală împotriva persoanelor care calomniază această instituție); (3) Comisia Inter-Americană reține că deși existau suficiente probe temeinice care demonstrează responsabilitatea ofițerilor militari (în acest sens ne referim la raportul medicului ginecolog, întocmit imediat după actele de violență, care atestă violul victimelor și la declarațiile victimelor), statul Mexic nu a acționat cu diligența necesară în investigarea actelor care au format obiectul plângerii victimelor, încălcându-și astfel obligațiile asumate la nivel internațional în temeiul art. 1 alin. (1) din Convenția Americană a Drepturilor Omului; (4) în pofida dovezilor evidente ale abuzurilor comise de ofițerii militari, autoritățile mexicane au refuzat conducerea de investigații în cauză și au declinat competența în favoarea Biroului Procurorului Public Pentru Justiție Militară care, la rândul său, nu și-a îndeplinit obligația de a cerceta cauza, limitându-se la a dispune în sarcina

victimelor obligația de a se supune la un nou control ginecologic efectuat de un specialist desemnat de autoritatea în cauză; (5) în urma refuzului victimelor de a se supune unui alt control ginecologic, Biroul Procurorului Public Pentru Justiție Militară a închis dosarul invocând motivul lipsei dovezilor concludente. În aceeași ordine de idei, cu privire la dispoziția autorităților mexicane de a închide dosarul din cauza lipsei acordului victimelor de a repeta examenul medical care să certifice producerea violului, Comisia Inter-Americană a statuat că violul este un act brutal care determină consecințe fizice și psihologice grave asupra victimei astfel încât autoritățile care conduc investigații asupra faptelor de viol trebuie să evite situațiile de a supune victima reiterării faptelor care i-au cauzat suferință. În lipsă de probe concludente care să ateste săvârșirea violului se va acorda preeminență examenului medical efectuat de medicul specialist iar în speță, la data depunerii plângerii, examenul ginecologic efectuat conform standardelor în materie atesta abuzul sexual la care au fost supuse victimele.

În completarea celor afirmate anterior, trebuie să subliniem că dreptul la protecție judiciară cuprins în art. 25 din Convenția Americană stabilește ca prioritate a investigațiilor aflarea adevărului cu privire la cauză, descoperirea făptuitorilor și tragerea lor la răspundere. După cum remarcau autoritățile judiciare ale sistemului inter-american de protecție a drepturilor omului, impunitatea este o premisă a perpetuării încălcării drepturilor omului. În speța dată, cultura încălcării drepturilor femeii este în strânsă legătură cu practicarea impunității în privința celor care comit acte de agresiune împotriva femeilor.

În decizia asupra speței, Comisia Inter-Americană a subliniat că este limpede încălcarea comisă de statul mexican cu privire la dreptul la tratamente umane, dreptul la intimitate, dreptul la un proces echitabil și la protecție judiciară, drepturile copilului (în cazul Celiei Gonzales Perez) și obligația generală de a garanta drepturile și libertățile înscrise în Convenția Americană a Drepturilor Omului. În decizia sa, Comisia face o mențiune specială referitoare la calitatea victimelor de a aparține culturii minoritare Tzeltal. Comisia atrage atenția asupra faptului că gravitatea actelor de violență comise asupra victimelor a fost determinată de apartenența acestora la un grup cultural minoritar despre care existau suspiciuni de colaborare cu grupările rebele. Lipsa echității din procedurile judiciare aplicate victimelor rezultă inclusiv din aspectul conform căruia victimele nu cunoșteau limba autorităților care le-au interogată cauzând astfel imposibilitatea exercitării dreptului la apărare de către victime. Violențele sexuale asupra victimelor au fost comise de autorități luând în calcul factorul cultural, fiind cunoscut că minoritatea culturală de apartenență a victimelor condamnă violul și exclude victimele violențelor sexuale ca fiind nedemne și dezonorate.

În evaluarea problemei culturale în speță, aducem în discuție problema dublei discriminări la care au fost supuse victimele: acestea au fost discriminate în funcție de gen și în funcție de apartenența lor culturală iar ambele forme de discriminare au fost transmise pe filieră culturală. Ne vom explica punctul de vedere: (1) discriminarea suferită de victime din cauza criteriului gen poate fi identificată prin actele de violență specifice experimentate de victime (abuzuri sexuale și psihologice) prin care autoritățile urmăreau să pedepsească cele trei femei pentru încălcarea rolurilor tradiționale de gen dictate de conceptul marianismo conform căruia femeia își asumă un rol social pasiv, fiind improbabilă implicarea sa în conflicte politice; (2) discriminarea suferită de victime în temeiul criteriului apartenenței culturale rezultă din asocierea de plano a femeilor Tzeltal la grupările rebele din zonă, fără a exista dovezi concrete în acest sens. Mai mult, victimelor li s-a negat dreptul la o investigație corectă și imparțială. Ele nu au beneficiat, în timpul interogatoriului de serviciile unui translator care să le aducă la cunoștință elemente esențiale precum temeiul reținerii, faptele de care sunt acuzate, posibilitatea de a da declarații și de a se apăra cu privire la aspectele aflate.

IV.2.5. Cauza Maria da Penha Maia Fernandes împotriva Braziliei¹

Prin plângerea depusă la Comisia Inter-Americană a Drepturilor Omului de către reclamanta Maria da Penha Maia Fernandes împreună cu Centrul Pentru Justiție și Drept Internațional respectiv Comitetul pentru Apărarea Drepturilor Femeilor, se pretinde tragerea la răspundere a Republicii Federale Brazilia pentru non-intervenția, din partea autorităților, în stoparea actelor de violență domestică ce au determinat dizabilități în sarcina reclamantei.

Problema discriminării este relevantă în speță prin invocarea încălcării art. 24 din Convenția Americană a Drepturilor Omului referitor la dreptul la protecție egală în fața legii. Coroborând datele empirice relevante în speță (statistici aduse în atenția Comisei Inter-Americane prin care este subliniat atât caracterul repetitiv al actelor de violență împotriva femeilor la nivel statal cât și proliferarea atitudinii de non-intervenție a autorităților statale) cu date juridice (utilizarea apărării culturale pentru a justifica crimele de onoare care au ca victime femeile), ajungem la concluzia conform căreia în Brazilia există un climat al violenței de gen – menținut, în principal prin lipsa de intervenție din partea autorităților statale. Acest fapt atrage, implicit, încălcarea, de către statul brazilian, a art. 1.1 din Convenția Americană a Drepturilor Omului care obligă statele semnatare să asigure, tuturor persoanelor aflate sub jurisdicția Convenției, exercițiul liber și deplin al tuturor drepturilor și libertăților garantate în respectivul document.

În cauză, reclamanta a suferit, pe parcursul căsătoriei, acte de violență fizică și psihologică, raportând fiecare caz autorităților însă fără a beneficia de un răspuns prompt care să se concretizeze în investigații eficiente și măsuri concrete aplicate agresorului. Este limpede că în contextul dat, discriminarea de gen rezultă din atitudinea impasibilă a autorităților statale față de actele de violență raportate. Astfel, reclamantei nu i s-a oferit aceeași protecție legală cuvenită în temeiul legii oricărui alt cetățean, criteriul discriminatoriu fiind, în esență, genul. În raportul formulat în 1997, Comisia stabilește că violențele împotriva femeilor reprezintă o altă formă de discriminare care rezultă din ineficiența sistemului de drept intern și din aplicarea inadecvată a normelor de drept internațional incidente în cauzele semnalate.

Lipsa de implicare a autorităților statale în soluționarea plângerilor depuse de-a lungul timpului de către reclamantă implică încălcarea dreptului la un proces echitabil în dimensiunea referitoare la imparțialitatea și neutralitatea organelor abilitate să investigheze plângerile. De asemenea, cultura impunității în materia actelor de violență domestică existentă la nivel intern încalcă dreptul la protecție judiciară consacrat în art. 25 din Convenția Americană a Drepturilor Omului. Neglijența autorităților statale, lipsa adoptării de măsuri eficiente menite să abordeze în mod direct problema violenței domestice, lipsa unor proceduri legale efective și corecte care să sprijine femeile supuse actelor de violență – reprezintă acte care contravin și prevederilor art. 7 din Convenția Belem do Para – sediul materiei pentru principiul due diligence. Non-intervenționismul statal poate fi interpretat, în acest caz, precum o achiesare oficială la actele de violență împotriva femeilor, echivalând cu admiterea oficială a culturii de impunitate în domeniul actelor de violență bazată pe criteriul gen.

În analiza cauzei, Comisia a remarcat trei aspecte pozitive îndeplinite de autoritățile braziliene în combaterea violenței împotriva femeilor: (1) interzicerea, în anul 1991, a clauzei apărării culturale, considerând perimat argumentul onoarei masculine în comiterea crimelor împotriva femeilor. A fost adus în discuție caracterul discriminatoriu al probei onestității și moralității victimei în cazurile care implică violență sexuală asupra femeilor – aceasta fiind interzisă ca practică juridică. *Din punctul nostru de vedere, factorul cultural este un determinant central al apărării onoarei masculine, conceptul machismo prescriind în favoarea bărbatului un*

¹ Case *Maia Da Penha v. Brazil*, the Inter-American Commission on Human Rights, case no. 12.051, Report no. 54/01. Pentru mai multe detalii, a se consulta Center for Justice and International Law, *op. cit.*, pp. 128-134.

rol activ și agresiv din punct de vedere sexual iar conceptul cultural marianismo atribuind femeii un rol pasiv în cadrul relaționării intime. Aplicând aceste roluri de gen construite prin raportare la cele două concepte culturale, putem afirma că apărarea agresorului folosind argumentul onoarei masculine are sorginte culturală și contravine cu dispozițiile egalității în fața legii. (2) profesionalizarea și specializarea forțelor de poliție abilitate să soluționeze cazuri de violență împotriva femeilor; (3) stabilirea de amplasamente speciale pentru protecția femeilor agresate.

Finalmente, concluziile Comisiei cu privire la speța *Maria da Penha Maia Fernandes împotriva Braziliei* constau în încălcarea, de către statul brazilian, a garanțiilor dreptului la un proces echitabil și a dreptului la protecție judiciară împreună cu violarea obligației conținută în art. 1 alin. (1) din Convenția Americană a Drepturilor Omului. De asemenea, Comisia reține încălcarea art. 7 din Convenția Belem do Para.

Implicațiile dreptului cutumiar asupra protecției juridice a drepturilor femeii în sistemul african de protecție a drepturilor omului

I. Stabilirea reperelor generale de analiză: gen, cultură și justiție în sistemul african de protecție a drepturilor omului

○ I.1. Relația gen-cultură

Experiența colonialismului¹ determină ca sistemul socio-juridic african să fie evaluat prin aplicarea unor standarde diferite după cum ne referim la perioada pre-colonială sau la perioada post-colonială, transformările produse de la o perioadă la alta fiind clar vizibile. Consecințele aduse de fenomenul colonizării pot fi observate atât în modul de conceptualizare a *egalității* și în particular a conceptului de *gen*, cât mai ales în modul de organizare și înfăptuire a justiției.

În conținutul lucrării noastre am avansat și am susținut conceptul *genului* ca și construct social, influențele culturale în conturarea acestuia fiind astfel implicite. Studiind problema *genului* în contextul social african, am ajuns la concluzia potrivit căreia în evaluarea determinantelor *genului* (ca și construct social) trebuie să avem în vedere inclusiv politica de expansiune colonială – ca reper istoric. Este important să introducem în analiza noastră colonialismul deoarece acest reper istoric a influențat modul de manifestare a culturii indigene și, pe cale de consecință, a modului de construire a conceptului *gen*.

Exempli gratia, literatura de specialitate² identifică o perspectivă teoretică promotoare a unei explicații interesante asupra modului în care apare segregarea de gen la nivelul comunității tradiționale nigeriene Yoruba. Potrivit opiniei citată anterior, în perioada pre-colonială, comunitatea tradițională Yoruba nu promova la nivel social segregarea în funcție de gen datorită faptului că în realitatea faptică și lingvistică această distincție nu exista. În cadrul comunității, zeitățile erau considerate ca ființe asexuate³ iar în cadrul familiei distincția între rudele de gen masculin și rudele de gen feminin nu putea fi realizată întrucât terminologia pentru a desemna un membru de familie era, din nou, imposibil de realizat. Într-o altă lucrare⁴, autorul Oyeronke Oyewumi identifică o imposibilitate ontologică de segregare în funcție de gen în cadrul comunității tradiționale Yoruba, prezentând în acest sens argumentul în virtutea căruia modul în care individul interacționează în cadrul structurilor comunitare decurge dintr-un ansamblu de norme sociale transmise pe cale orală care denotă un caracter rudimentar. Codificarea acestora de către conducătorii colonizatori, traducerea inadecvată și ilustrarea în texte traduse sunt factori care au contribuit la segregarea de gen și la alocarea

¹ Utilizând termenul de *colonialism* facem referire la un sistem de expansiune colonială derulat în regiunea Africii în trei perioade diferite – perioada Antică, perioada Medievală și perioada Modernă. În lucrarea noastră, conceptul *colonialismului* va cuprinde în conținutul său referirile la transformările socio-juridice petrecute în perioada Modernă, urmare a politicii expansioniste condusă de statele europene, dintre care se remarcă Franța, Anglia și Portugalia. Informațiile expuse sunt sintetizate în lucrarea redactată de W. Rodney, *How Europe underdeveloped Africa*, Ouverture Publications, London, 1972.

² O. Oyewumi (ed.), *Gender Epistemologies in Africa Gendering Traditions, Spaces, Social Institutions, and Identities*, Palgrave Macmillan Press, New York, 2011, pp. 1-31.

³ Potrivit autorului, zeitățile supreme *Olodumare* și *Orisa* nu pot fi atribuite nici unui gen.

⁴ O. Oyewumi, *The Invention of Women: Making an African Sense of Western Gender Discourses*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1997.

unei poziții subordonate segmentului feminin al comunității. Cu alte cuvinte, în opinia autorului, relațiile de autoritate/dominare masculină nu erau prezente în cadrul comunității Yoruba înainte de perioada colonialismului – moment în care, prin intermediul unor traduceri inexacte, colonizatorii au impus segregarea de gen și impunerea autorității masculine în relațiile sociale. Astfel, autorul își conchide disertația prin ideea conform căreia segregarea de gen și subordonarea femeilor au apărut în comunitățile tradiționale africane ca urmare a procesului de colonizare desfășurat de occidentali. Promovarea fenomenului discriminării în comunitatea tradițională africană reprezintă, în lumina celor expuse, o reminiscență a dominației colonizatorilor occidentali care a afectat iremediabil relațiile dintre genuri la nivel autohton.

Admitem parțial argumentul prezentat în rândurile de mai sus. În primul rând, recunoaștem dificultatea identificării unor trăsături clare a relațiilor sociale desfășurate în societatea africană deoarece informațiile pe care le deținem în legătură cu acestea sunt transmise pe cale orală – fapt ce poate conduce la distorsionarea informațiilor. În al doilea rând, considerăm inadecvată premisa potrivit căreia relațiile de subordonare a segmentului feminin al populației sunt un aspect dobândit de comunitatea tradițională africană în urma procesului de colonizare. Nu putem nega că societatea occidentală conducătoare a procesului colonizării nu cunoștea, în acea perioadă¹, standardele legale în materia nediscriminării și a protecției juridice a drepturilor femeii însă nu putem atribui fenomenul discriminării în relațiile de gen exclusiv perioadei coloniale. Discriminarea de gen a fost prezentă în comunitățile tradiționale africane din timpuri imemorabile – aspect sancționat prin practici stereotipe reflectate în prezent în norme ale dreptului cutumiar. În sprijinul aceluiași argument menționăm corpul de proverbe/maxime desprinse din tradiția orală africană care promovează inegalitatea dintre genuri și instituirea autorității masculine. Normele sociale referitoare la relația dintre genuri extrase din tradiția orală africană demonstrează că tratamentul discriminatoriu al femeilor africane nu constituie o realitate importată *in vacuo* în comunitățile africane, ca urmare a importării practicilor colonizatoare.

În lucrarea *African Culture and the Status of Women: The Yoruba Example*² Familusi analizează raportul dintre cultură și statutul acordat femeilor în comunitatea tradițională Yoruba. Prin apel la norme sociale concentrate în învățămintele transmise pe cale orală³ este evidențiată subordonarea ancestrală a femeilor în raport cu autoritatea masculină. Rezonăm la concluzia stipulată de autor conform căreia cultura africană, deși promovează tipare mentale și comportamentale menite să limiteze drepturile femeii, trebuie să fie interpretată în sensul său

¹ Menționăm că perioada istorică în care s-a desfășurat politica de expansiune colonială în Africa este perioada 1881-1914 (perioadă cunoscută în literatura de specialitate sub denumirea *Noul Imperialism* – care desemna dorința de expansiune teritorială promovată în relațiile externe de mari puteri precum precum Statele Unite ale Americii, Japonia, statele europene). Pentru detalii suplimentare, a se consulta W. Rodney, *How Europe underdeveloped Africa*, Overture Publications, London, 1972.

² O.O. Familusi, *African Culture and the Status of Women: The Yoruba Example*, The Journal of Pan African Studies, vol. 5, no. 1, March 2012, pp. 299-313.

³ Dintre normele sociale care impun autoritatea masculină asupra relaționării dintre genuri, menționăm următoarele norme sintetizate în proverbele tradiționale africane: *Omo to dara nim ti baba eyi ti ko dara niti iya* – Copilul bun aparține tatălui iar copilul rău aparține mamei; *Ba nidi obirin ki ije kumolu* – Femeile nu pot fi recunoscute drept conducători; *Kaka ko san fun iya aje on fi omo bo obinrin, eye nyi lu eye* – Femeile vrăjitoare dau naștere copiilor de sex femeiesc sporind astfel numărul vrăjitoarelor; *Adekunle ni oruko okunrin, Adetule ni oruko obinrin* – Copilul de sex bărbătesc extinde familia în timp ce copilul de sex femeiesc restrânge familia; *boobinrin ba foju kan oro, oro a gbe* – femeilor le este interzis să participe la ritualurile religioase (*oro*) iar femeia care încalcă această interdicție va fi aspru sancționată. Proverbele citate au fost utilizate și în lucrarea realizată de M.B. Berna, *Drepturile femeii și influențe culturale în sistemul african de protecție a drepturilor omului*, publicată în volumul colectiv al conferinței *Tendințe actuale în dreptul public. Abordare juridică și filosofică*, Ed. Universitară, București, 2014, pp. 344-363.

dinamic, aidoma unui element care poate fi modificat prin apel la negociere. Astfel, va putea fi îndeplinită în concret preeminența normelor legale cuprinse în standardele oficiale promovate la nivel regional în măsura în care comunitățile tradiționale vor accepta revoluționarea valorilor culturale. Dacă acceptăm perspectiva evolutivă a culturii, aceasta poate fi transformată într-un instrument de emancipare al femeilor prin aneantizarea practicilor discriminatorii¹. Deși posibilă, perspectiva unei culturi evolutive este o realizare improbabilă la nivelul comunității africane dacă luăm în considerare următoarele ipoteze: (1) cultura africană – înțeleasă precum ansamblul normelor de conduită socială – are rolul de a configura identitatea comunității africane²; (2) esența identității comunității africane rezidă în a sublinia legăturile strânse dintre indivizi și legăturile stabilite între aceștia și societate; (3) societatea africană așază în centrul său conceptul comunitarismului³ – aspect care determină ca normele de conduită socială sancționate cultural să aibă preeminență asupra individului și asupra prerogativelor sale. Pornind de la premisele identificate, suntem de părere că la nivelul comunității africane, *genul nu este doar un construct social; acesta este mai curând un construct cultural*.

○ I.2. Relația cultură-justiție

Cultura comunitarismului determină trăsăturile sistemului de justiție african. Strânsa legătură individ-comunitate face posibilă promovarea unui *sistem de justiție restaurativ* care funcționează conform principiului re-construcției situației anterioare izbucnirii conflictului. Specificul culturii africane permite ca individul să păstreze o relație apropiată de comunitate indiferent de calitatea pe care individul o deține în conflictul declanșat (victimă, agresor, membrii de familie). Este evident că rolul central îl va deține victima iar în temeiul relațiilor construite între victimă și comunitate aceasta din urmă îi va acorda sprijinul pentru redresarea situației. Faptul inovator rezidă în atitudinea comunității față de agresor – acesta din urmă fiind sprijinit la rândul său în sensul reabilitării sale. Atitudinea pozitivă prezentată de societate față de ambele părți ale conflictului – victima și făptuitorul – rezidă în dorința de a reaseza în ordine comunitatea și de a conserva sentimentul de apartenență la comunitate (comunitarismul) atât în relațiile cu victima cât și în relație cu cel vinovat de declanșarea conflictului⁴.

Analizând modul în care cultura influențează principiile promovate în cadrul sistemului juridic african, doctrina⁵ a remarcat unele caracteristici ale acestuia din urmă: (1) caracterul democratic – deoarece justiția restaurativă se concentrează asupra soluționării conflictului și reabilitării comunității utilizând în acest sens modalități alternative de soluționare a conflictelor recunoscute prin rapiditate precum negocierea și medierea; (2) caracterul incluziv – urmărind să includă în procesul soluționării conflictului toate persoanele/părțile implicate; (3) caracterul solidar – sistemul juridic al societăților africane nu practică excluderea celor

¹ The Centre for Gender and Social Policy Studies, Obafemi Awolowo University, Ile-Ife, Nigeria, *Culture, Gender and Development*, A Report submitted to the African Institute for Economic Development and Planning (IDEP), Dakar, Senegal, October 2001, pp. 1-30.

² Premisa este dezvoltată în lucrarea S.J. Ngubane, *Gender Roles In The African Culture: Implications For The Spread Of HIV/AIDS*, Assignment presented in partial fulfillment of the requirements for the degree of Master of Philosophy in HIV/AIDS Management at the Stellenbosch University, March 2010, pp. 18-30.

³ Vom utiliza pe parcursul lucrării noastre noțiunea de *comunitarism* pentru a sublinia dimensiunea comunitară a societății africane care se opune dimensiunii individualiste promovată de societatea vestică; în temeiul comunitarismului primează comunitatea asupra individului – aspect tradus la nivel juridic prin preeminența drepturilor colective asupra drepturilor individuale.

⁴ O.O. Elechi, *Human Rights and the African Indigenous Justice System*, A Paper for Presentation at the 18th International Conference of the International Society for the Reform of Criminal Law, August 8 – 12, 2004, Montreal, Quebec, Canada, pp. 1-30.

⁵ *Ibidem*.

responsabili de încălcarea normelor sociale și de producerea litigiului. Dimpotrivă, principiul solidarității presupune ca una dintre finalitățile soluționării conflictului să conștie în responsabilizarea celor care au încălcat norma cu privire la caracterul anti-comunitar al faptelor lor și la consecințele produse asupra comunității.

Fundamentul organizării sistemului de justiție african rezidă în comunitarism. Comunitarismul exprimă atât relaționarea strânsă între indivizi și între aceștia și comunitate – ca entitate superior organizată cât și un mod de înțelegere al existenței indivizilor în societatea africană. În descrierile doctrinarilor¹, societățile africane sunt umanizate deoarece solidaritatea, empatia și admirația pentru desăvârșirea ființei umane sunt valori fundamentale desprinse din practica membrilor săi. Societatea africană nu poate fi privită în mod separat de membrii săi – ea constituie spațiul care asigură împlinirea valorilor morale ale indivizilor fiind, în viziunea umanistă, ea însăși un individ mai cuprinzător.

Comunitarismul este argumentul esențial în virtutea căruia normele sociale și valorile morale desprinse din existența oamenilor în comunitate reprezintă și în perioada de independență a statelor africane repere legale circumscrise dreptului cutumiar. După cum vom demonstra în secțiunea următoare a lucrării noastre, dreptul cutumiar cuprinde o colecție de date, principii și valori care ilustrează realitatea socială africană autentică. Apreciem că aceasta este rațiunea pentru care, în prezent, în societatea africană s-a impus pluralismul legal: dorința de conservare a specificului legal african și în perioada post-colonială în scopul unei reglementări mai adecvate a relațiilor sociale indigene.

○ I.3. Relația cultură-lege și pluralismul legal

În rândurile care urmează vom demonstra că argumentul cultural influențează sistemul de justiție african în elementul legal. Având conștiința importanței comunitarismului și a impactului pe care comunitarismul îl aduce în societatea africană, este neîndoielnic faptul că în sistemul african, factorul cultural este cel mai important instrument modelator al legii. După cum am prezentat în rândurile de mai sus, păstrarea tradițiilor africane și surprinderea lor la nivel legal prin apel la dreptul cutumiar reprezintă o trăsătură a sistemului de drept african care poate fi sintetizată prin expresia *pluralism legal*.

Literatura de specialitate² definește la nivel elementar noțiunea *pluralismului legal* ca fiind *situația în care mai mult decât un singur sistem legal operează în cadrul unei unități politice*. Autorul citat continuă ideea legată de pluralismul legal subliniind că statele africane, dobândindu-și independența, nu doresc să renunțe la specificul cultural surprins în dreptul cutumiar astfel încât apelează la soluția pluralismului legal, punând bazele unui sistem de drept paralel în care dreptul oficial, formal³ – emis de instituțiile statale – coexistă alături de dreptul cutumiar – instaurat de conducătorii comunității și alcătuit dintr-un ansamblu de valori, credințe, practici, tradiții care reflectă identitatea comunităților africane în forma în care acestea se regăseau înainte de momentul colonizării.

¹ M. Iro, *Igbo Ethics and Discipline in (The Igbo Socio-Political System) Papers Presented at the 1985 Ahiajoku Lecture Colloquium*. Owerri: Ministry of Information, Culture, Youth and Sports, 1985, p. 4.

² D. Pimentel, *Legal Pluralism in Post-Colonial Africa: Linking Statutory and Customary Adjudication in Mozambique*, Yale Human Rights and Development Journal, Volume 14, Issue 1, 2011, p. 59.

³ În explicarea pluralismului legal, literatura de specialitate nu a impus un termen singular pentru a desemna dreptul non-cutumiar care se aplică în paralel cu dreptul cutumiar, determinând astfel o ordine legală duală. În acest sens, au fost utilizate expresii diferite precum *drept statal*, *drept statutar*, *drept oficial*, *drept formal*. În lucrarea noastră vom utiliza în mod interșanjabil noțiunile enumerate pentru a desemna dreptul non-cutumiar, impus pe cale oficială de autoritățile statele în regiunea africană ulterior momentului dobândirii independenței.

Suntem de părere că pluralismul legal african comportă specificul de a impune ca drept paralel un drept cutumiar/cultural mult mai cuprinzător decât dreptul impus de comunitățile religioase. Deși acceptăm cultura ca un element compozit în conținutul căruia se îmbină aspectele religioase, cele tradiționale și morale, observăm că dreptul cultural impus de societatea africană nu este un drept exclusiv religios. În ipoteza în care discutăm despre pluralismul religios prin luarea în considerare a dreptului comun, a dreptului cutumiar și a sistemelor de drept religioase existente în statele africane (ne referim în principal la sistemul de drept stabilit de autoritatea religioasă Jamiat-ul-Ulama în cazul comunității musulmane și la sistemul de drept stabilit de autoritatea religioasă Beth Din pentru comunitatea evreiască), avem în vedere o formă accentuată a pluralismului legal¹ care exprimă ideea conform căreia pluralismul legal poate semnifica o multitudine de sisteme de drept – dintre care unele sunt oficiale iar altele neoficiale – care vin să corespundă unor realități sociale.

După cum afirmă literatura de specialitate² pluralismul legal tradus prin paralelismul drept cutumiar-drept statutar reprezintă forma clasică a pluralismului legal, care asigură compromisul între specificul comunităților indigene și aderarea la standardele democratice de inspirație vestică la care au achiesat statele africane în perioada post-colonizare. Apreciem că pluralismul legal reprezintă pentru statele africane independente o formulă pertinentă de organizare deoarece garantează îndeplinirea unor aspecte inerente societăților democratice precum implementarea legalității (*domniei legii*³) menținând în paralel și particularitățile culturale care formează identitatea africană. Îmbinarea drept cutumiar-drept statal – presupune o specializare a normelor de drept în sensul în care, în mod tradițional, normele dreptului cutumiar – simbolizând moștenirea indigenă se aplică relațiilor fundamentale existente la nivelul comunității africane și anume relațiilor din sfera privată în timp ce, dreptul statal formal este cel care se aplică în scopul tranșării litigiilor survenite în sfera publică, litigii care, de regulă, implică în calitate de parte o autoritate statală⁴. Caracterul specializat al normelor dreptului cutumiar există *lato-sensu* deoarece, după cum vom demonstra în secțiunea dedicată sublinierii particularităților dreptului cutumiar, acesta este *ab origine* nestructurat, cuprinzând deopotrivă norme menite să soluționeze conflicte penale cât și norme destinate stabilirii statutului legal al căsătoriei sau al moștenirii. Alăturându-ne opiniilor exprimate în literatura de specialitate, observăm că preponderent dreptul cutumiar cuprinde norme dedicate reglementării raporturilor de familie.

¹ Expresia a fost utilizată de C. Rautenbach în lucrarea *Deep Legal Pluralism In South Africa: Judicial Accommodation of Non-State Law*, Journal of Legal Pluralism, 2010, nr. 60, p. 145.

² C. Rautenbach, *Legal Pluralism in the Great Limpopo Transfrontier Conservation Area. South Africa. Mozambique. Zimbabwe*, 2011, p. 2.

³ Noțiunea de legalitate (*domnie a legii/rechtsstaat/rule of law*) reprezintă o doctrină complexă care desemnează, în esență, guvernarea dreaptă, respectiv statul care se supune legii și îndepărtează arbitrarul din guvernare. Noțiunea de domnie a legii a fost explicată *in extenso* în lucrarea *Can Might Make Rights? Building The Rule Of Law After Military interventions*, redactată de J. Stromseth, D. Wippman, R. Brooks, fiind oferită, în acest context, următoarea definiție conceptului: *statul de drept desemnează (...) o stare a lucrurilor în care indivizii aleg să își rezolve disputele într-o manieră compatibilă cu proceduri neutre și corecte, conduse de reguli universal aplicabile și într-o manieră compatibilă cu normele care asigură respectul pentru drepturile omului. Aceasta necesită un angajament cultural și politic extins către valorile pe care se sprijină instituțiile și regulile de conduită.* (J. Stromseth, D. Wippman, R. Brooks, *Can Might Make Rights? Building The Rule Of Law Afetr Military interventions*, 2006, p. 78).

⁴ Pentru mai multe detalii a se consulta J. Frémont, *Legal Pluralism, Customary Law and Human Rights in Francophone African Countries*, VUWLR, vol. 40, p. 153.

În opinia noastră, pluralismul legal nu poate fi separat de problema instituțională. Normele dreptului cutumiar trebuie să dețină un spațiu propriu de manifestare iar în acest scop este reclamat un sistem instituțional coerent cu valorile exprimate în normele cutumiare. Descriind ca formă a pluralismului legal *sistemul normativ cutumiar*, literatura de specialitate¹ admite că dreptul cutumiar include reguli și obiceiuri acceptate social precum și un ansamblu de instituții și mecanisme specifice (tribunale de soluționare a litigiilor, consilii ale conducătorilor tradiționali ș.a.).

Am afirmat în rândurile anterioare că sub auspiciile conceptului central al *comunitarismului*, sistemul de justiție african aplică principiile justiției restaurative. Astfel, soluționarea conflictelor pe cale amiabilă este *modus operandi* african deprins pe filieră culturală. Instituția tradițională de soluționare pe cale amiabilă a litigiilor din societate – *palaver* – presupune activitatea tuturor membrilor societății care, divizați în categorii de vârstă, participă la tranșarea litigiului. În mod concret, soluționarea conflictului prin apel la dreptul cutumiar presupune ca cei implicați în litigiu să poarte un dialog sub supravegherea conducătorului cultural și în prezența grupurilor comunității dintre care cea mai mare autoritate o deține grupul celor vârstnici. Soluția finală este pronunțată de litiganți scopul fiind acela de a asigura echilibrul social și pacea în comunitate. Conducătorii culturali care supraveghează procesul de negociere pot fi conducătorii satului, conducătorii comunității, conducătorii tribului sau chiar regele asistat de un consiliu al nobililor². Conducătorii culturali au ca atribuție fundamentală menținerea păcii și a echilibrului la nivelul comunității și asigurarea înfăptuirii justiției potrivit standardelor culturale. Autoritatea lor derivă din credința că aceștia sunt în conexiune cu spiritul predecesorilor comunității și cu divinitățile indigene. La nivel local, comunitar, legitimitatea conducătorilor culturali derivă din consimțământul membrilor comunității – manifestat sub forma unui sistem electoral democratic. Deși fac parte din sistemul instituțional informal, conducătorii culturali sunt în continuare activi în regiuni africane ca Burkina Faso, Africa de Sud, Togo, Zimbabwe, Lesotho iar în Ghana statutul lor a dobândit recunoaștere instituțională, acestora fiindu-le repartizate responsabilități specifice în domenii ca mediu, sănătate, practici sociale, drepturile femeilor³. Conducătorii tradiționali sunt asistați de adjuncți cărora le sunt delegate atribuții. Adjuncții partajează atribuțiile delegate cu vrăjitoare, magicieni și orice reprezentant al dimensiunii magico-religioase a puterii. De asemenea, în sprijinul conducătorilor culturali vin *structurile secrete* care exercită presiuni pentru soluționarea litigiilor într-un mod particular dar și *consiliul privat* – structură care deține modul de interpretare a normelor culturale, asigurându-se că normele tradiționale aplicate sunt cele ancestrale⁴.

Observăm că sistemul instituțional de sorginte cutumiară este democratic, puterea nefiind concentrată în cadrul unei singure instituții, fiind preîntâmpinat pe această cale factorul arbitral din procesul decizional juridic. Caracterul inedit al sistemului instituțional rezidă în natura normelor aplicate, modul de garantare a legitimității conducătorilor, includerea la nivelul palierului decident al unor structuri specifice precum *structurile secrete*, *consiliul privat* sau al unor ființe oculte ca vrăjitoarele sau magicienii.

¹ B.Z. Tamanaha, *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, Sydney Law Review, vol. 30, 2008, p. 397.

² J. Frémont, *op. cit.*, pp. 154-155.

³ D.I. Ray, Laura Dunham, *Autorité Traditionnelle et Autorité Locale au Ghana*, Revue Francaise d'Administration Publique, No. 88, 1998, p. 590-591 apud J. Frémont, *op. cit.*, p. 155. D.I. Ray, E.B. Adriaan van Rouveroy van Nieuwaal, *The New Relevance of Traditional Authorities in Africa*, Journal of Legal Pluralism, No. 1, 1996, pp. 37-38, apud J. Frémont, *op. cit.*, p. 155.

⁴ J. Frémont, *op. cit.*, pp. 155-157.

II. Dreptul cutumiar și aplicațiile sale în materia drepturilor femeii

○ II.1. Dreptul cutumiar în sistemul juridic african. Caractere generale

Dreptul cutumiar este o problemă juridică strâns legată de pluralismul legal (sistemele de drept paralele) și de politica expansiunii coloniale experimentată de statele africane. Nu putem nega faptul că în perioada pre-colonială, spațiul african a experimentat dreptul cutumiar însă, în acest context, conținutul său era nealterat de intervenționismul colonizatorilor și reflecta principiul fundamental care constituie sursa dreptului cutumiar african – *ubuntu*¹. În perioada pre-colonială, principiul *ubuntu* accentua rolul comunității în crearea omului african, exprimând ideea pe care noi am dezvoltat-o în rândurile anterioare sub denumirea *comunitarism*. Teza pe care se întemeiază principiul *ubuntu* constă în *definirea individului prin apel la comunitate conform maximei: „sunt ceea ce sunt datorită modului în care suntem cu toții”*. Comunitatea Zulus a dezvoltat maxima *ubuntu* sub forma principiului *umuntu ngumuntu ngabantu* care traduce într-o formă diferită conținutul *ubuntu* menținând însă același fond – *individul este ceea ce este prin intermediul altor persoane*. Revenind la dreptul cutumiar și la relația dintre acesta și principiul *ubuntu*, observăm că în perioada pre-colonială, dreptul cutumiar este descris în termenii unei creații a comunității. Dreptul cutumiar derivă din normele sociale ale comunității și se bazează pe comunitate pentru legitimitate². În perioada post-colonială, influențele colonizatorilor asupra dreptului cutumiar sunt evidente. În realitate, însăși existența dreptului cutumiar și menținerea acestuia în paralel în sistemul complex de drept al pluralismului legal african reprezintă o concesiune a colonizatorilor care doreau să își impună cultura legală asupra indigenilor pe cale diplomatică. Literatura de specialitate³ reține în mod corect faptul că în perioada post-colonială, dreptul cutumiar african nu era regăsit sub coordonatele sale originare ci era aplicat într-o formă achiesată de colonizatori aceștia din urmă impunând *clauza/testul respingerii dreptului cutumiar*.

Impunerea clauzei respingerii dreptului cutumiar s-a produs concomitent cu *recunoașterea dreptului cutumiar la nivel oficial, în textele actelor oficiale ale statelor africane*⁴. Apreciem că dreptul cutumiar manifestat în etapa post-colonială constituie o formă de reglementări

¹ C.W.T. Rammutla, *The „Official” Version Of Customary Law Vis-à-Vis The „Living Law” Hananwa Family Law*, Doctoral Thesis, Department of International And Constitutional Law, College Of Law, University Of South Africa, Republic Of South Africa, 2013, p. 1.

² Pentru detalii suplimentare a se consulta C.W.T. Rammutla, *op. cit.*, pp. 1-2; M.J. Maluleke, *Culture, Tradition, Custom, Law and Gender Equality*, PER/PELJ, no. 15, issue 1, ISSN 1727-3781, pp. 4-5.

³ L. Berat, *Customary Law in a New South Africa: A Proposal*, Fordham International Law Journal, Volume 15, Issue 1, p. 100.

⁴ *Exempli gratia*, art. 39 alin. (2) din Constituția Republicii Africii de Sud – adoptată pe 8 mai 1996 și amendată pe 11 octombrie 1996 de Adunarea Constituțională, modificată și completată ulterior, inclusiv prin Actul nr. 5 din 2005, menționează dreptul cutumiar astfel: *în procesul de interpretare a legislației și în ipoteza dezvoltării dreptului comun sau dreptului cutumiar, orice Curte, Tribunal sau Forum trebuie să promoveze spiritul, scopul și obiectivele stabilite în Secțiunea Dedicată Drepturilor*; Constituția Namibiei, adoptată la 9 februarie 1990 recunoaște în mod expres dreptul cutumiar în art. 66 alin. (1): *Atât dreptul cutumiar cât și dreptul comun din Namibia care erau în vigoare la data obținerii independenței va rămâne valabil în măsura în care dreptul cutumiar sau dreptul comun nu intră în conflict cu prezenta Constituție sau cu orice altă prevedere statutară*; în Botswana, dreptul cutumiar a fost definit în Actul Referitor la Dreptul Cutumiar – adoptat în 1969 – care, în secțiunea 2, capitolul 16, definea dreptul cutumiar prin stabilirea unor limite în aplicare: *dreptul cutumiar este legea oricărui trib sau comunitate tribală care este compatibilă cu dreptul scris și nu este contrară moralității, umanității sau justiției naturale*; în Actul numit Proclamația Legală Generală 2B a Regatului Lesotho/Proclamația Curților Centrale și Locale este recunoscut dreptul cutumiar ca drept alternativ la dreptul comun, menționându-se în nota 109-110 că: *dreptul cutumiar este dreptul utilizat de popoare care nu este contrar justiției sau moralității și este compatibil cu celelalte elemente de legislație*.

modificată prin intervenția autorităților coloniale luând în considerare că acestea din urmă doreau impunerea unei guvernări indirecte (și, în mod implicit, impunerea influențelor legislative proprii) prin mijloace pașnice iar *clauza de respingere* a dreptului cutumiar a reprezentat modul de intervenție al autorităților prin impunerea limitelor democratice (drepturile omului, justiție, moralitate, corectitudine). În contextul dat apare problema legitimității limitărilor impuse dreptului cutumiar. Limitele dreptului cutumiar african impuse prin conceptele enumerate denotă influențele autorităților colonizatoare, nu influențele indigenilor. Mai mult decât atât, *clauzele de respingere* apar *ex abrupto* menționate în textele oficiale ale statelor africane, fără să existe explicații clare asupra modului de înțelegere/interpretare a limitărilor impuse.

Considerăm că necesitatea explicării *in extenso* a limitelor pe care dreptul cutumiar trebuie să le respecte în conținutul și aplicarea sa este evidentă deoarece, concepte precum *justiție, morală, drepturi ale omului* sunt flexibile – fiind susceptibile de înțelesuri diferite în funcție de comunitatea la care ne raportăm. Este adevărat că limitele enumerate izvorăsc din doctrina de drept occidental în temeiul căreia *individualismul primează iar sferei drepturilor indivizilor îi corespunde sfera obligațiilor statale*. Raportându-ne la comunitatea africană, referențialul în interpretarea limitelor dreptului cutumiar este diferit, fiind organizat în jurul *valorilor comunității și al modului în care indivizii își îndeplinesc obligațiile față de stat/comunitate*. Acesta poate fi motivul pentru care deși legea oficială impune consecvența dintre dreptul cutumiar și principiile moralității, justiției și protecției drepturilor omului, există în continuare abuzuri produse de normele cutumiare care se răsfrâng cu preponderență în sfera garantării drepturilor femeii.

În lumina informațiilor prezentate din rândurile de mai sus, desprindem o primă caracteristică a dreptului cutumiar – *flexibilitatea*. Aceasta din urmă implică, la rândul său, alte caractere precum *oralitatea și dinamica*. Dreptul cutumiar este flexibil deoarece conținutul său este supus unei modelări permanente în funcție de schimbările sociale (caracter dinamic) și datorită faptului că normele cutumiare sunt transmise pe cale orală¹.

În al doilea rând, dreptul cutumiar, în forma sa originală, este alcătuit din practici sociale și are caracter nescris. Cu toate acestea, în condițiile experienței colonizatoare, dreptul cutumiar a fost recunoscut și oficializat prin reglementările statale oficiale, admitând astfel surse scrise precum constituțiile statelor africane sau legislațiile speciale. De asemenea, remarcăm caracterul *nespecializat* al dreptului cutumiar african dat fiind faptul că acesta din urmă se compune din norme extrase din practicile sociale, abordând fapte care pot fi calificate ca aparținând sferei dreptului privat sau sferei dreptului public. Dreptului cutumiar îi lipsește structura de care se bucură dreptul comun astfel încât nu cuprinde norme susceptibile de a fi clasificate în funcție de intervenția autorităților publice sau interesul promovat. Dreptul cutumiar se compune din norme care apar ca reacție firească și subită la evenimentele sociale, fără a fi posibilă segregarea normelor de drept cutumiar². Nu este mai puțin adevărat că urmare a influenței colonizatorilor, în perioada post-colonială, dreptul cutumiar a suferit modificări de structură întrucât, odată cu recunoașterea sa ca drept cu aplicabilitate alternativă la dreptul statutar, normele sale au suferit o oarecare particularizare. Astfel, există norme de drept cutumiar specializate în materii ca moștenire, căsătorie, proprietate iar în majoritatea statelor africane (exemplul edificator fiind Kenya) dreptul cutumiar se aplică exclusiv în sfera privată deoarece aspectele calificate ca probleme de ordin public trec în sfera de competență a dreptului statal³.

¹ C.W.T. Rammutla, *The „Official” Version Of Customary Law Vis-à-Vis The „Living Law” Hananwa Family Law*, Doctoral Thesis, Department of International And Constitutional Law, College Of Law, University Of South Africa, Republic Of South Africa, 2013, pp. 50-77.

² *Idem*, pp. 34-39.

³ *Ibidem*.

O particularitate a dreptului cutumiar aflată într-o strânsă legătură cu modul de structurare pe care l-am prezentat anterior poate fi realizată în distincția dintre *dreptul cutumiar viu* și *dreptul cutumiar oficial*. Primul este recunoscut ca dreptul cutumiar autentic prin care comunitatea africană se distinge de alte comunități regionale, respectiv dreptul prin care comunitățile africane se disting între ele. Dreptul cutumiar viu nu este codificat, fiind supus unei continue adaptări, consecvente cu mutațiile produse în societate. În schimb, dreptul cutumiar oficial face parte integrantă din dreptul statal, reprezentând latura alterată a dreptului cutumiar ca urmare a intervenționismului colonizator. Fiind acceptat în sfera dreptului statal, dreptul cutumiar oficial împrumută caracteristici ale dreptului statal. În mod concret, dreptul cutumiar oficial presupune reglementarea, prin intermediul dreptului oficial, statutar, a unor instituții aparținând dreptului cutumiar precum căsătoriile cutumiare¹.

În al treilea rând, dreptul cutumiar are în conținutul său norme desprinse din practica socială care au caracter de tradiție/obicei recunoscute de comunitatea în care se aplică. În consecință, *dreptul cutumiar nu cuprinde, fără distincție, toate practicile comunității ci doar pe acelea care sunt recunoscute ca obligatorii, au un caracter uniform și sunt observabile pe o perioadă îndelungată de timp prin apel la repetiție*².

Observând acest caracter în comparație cu trăsătura dreptului cutumiar de a fi flexibil, sesizăm unele nepotriviri: (1) caracterul flexibil presupune că dreptul cutumiar poate fi modificat în funcție de transformările sociale – de aici rezultă și particularitatea dinamismului dreptului cutumiar; (2) modificarea permanentă a normelor de drept cutumiar, în funcție de evoluția societății, face dificilă identificarea normelor care au aplicabilitate repetată și sunt recunoscute de comunitate ca fiind obligatorii; (3) intervine *dilema comparației* între normele de drept cutumiar – respectiv există problema de a stabili *care practici vor fi incluse în sfera dreptului cutumiar – cele care datează din timpuri imemorabile în cadrul comunității africane sau cele a căror aplicabilitate s-a impus recent, în contextul transformărilor sociale?* Soluționarea acestei probleme poate fi obținută prin adoptarea unei strategii neutre – și anume aceea de a considera ca parte a dreptului cutumiar toate acele practici impuse în conștiința comunității din cele mai vechi timpuri care au suferit transformări în paralel cu transformările impuse în cadrul societății africane. Însă, inclusiv în aceste condiții, unele dificultăți rămân insurmontabile – incompatibilitatea dintre practicile impuse în conștiința comunității și limitele noi de acceptare a acestor practici impuse de colonizatorii occidentali precum drepturile omului, justiția sau moralitatea.

Literatura de specialitate³ a răspuns dilemei prefigurate prin impunerea unui test obiectiv în două etape: (1) verificarea aplicabilității normei cutumiare la nivelul comunității; (2) verificarea caracterului obligatoriu al normei cutumiare prin acceptarea sa de către comunitate. Potrivit opiniei citate, criteriul esențial în funcție de care se recunoaște norma cutumiară constă în *sentimentul de adeziune al comunității la normă* iar acesta poate fi obținut printr-o aplicare repetată a normei cutumiare pe o perioadă de timp rezonabilă, fără a fi necesară stabilirea originilor practicii respective în momentul stabilirii comunității.

Finalmente, dreptul cutumiar este caracterizat prin faptul că *titularul său este reprezentat prin comunitatea africană iar drepturile și obligațiile dezvoltate pe cale cutumiară sunt de natură colectivă*. Această ultimă trăsătură rezultă din principiul *ubuntu* și din relaționarea strânsă dintre comunitate și membrii săi⁴.

¹ *Idem*, p. 38.

² Cauza *Van Breda contra Jacobs*, 1921, AD 330.

³ C.W.T. Rammutla, *op. cit.*, p. 18.

⁴ *Idem*, pp. 43-44.

○ II.2. Aplicații ale dreptului cutumiar în sfera de protecție a drepturilor femeii

II.2.1. Mutilările genitale feminine

II.2.1.1. Delimitări conceptuale

Termenul de *mutilare genitală feminină* a fost impus de doctrina vestică urmare a observării unei practici culturale promovată în majoritatea comunităților africane care permitea înlăturarea/excizia unei părți din organele genitale feminine. Gravitatea practicii culturale era diferită în funcție de forma mutilării genitale feminine aleasă de societate. Dezbaterea asupra acestei practici culturale s-a conturat în jurul gravei încălcări a drepturilor omului, fiind încălcate valori precum *viața individului, integritatea fizică și psihică, demnitatea umană*. Practica culturală africană constând în excizia unor părți a organelor genitale feminine a produs o dispută în literatura de specialitate¹, existând curentul occidental care a denumit această practică *mutilare genitală feminină* din perspectiva *încălcării valorilor umane menționate anterior* în timp ce literatura indigenă (în special literatura științifică dezvoltată de adepții grupărilor religioase) susținea că practica trebuie să fie recunoscută ca o formă de manifestare culturală a comunității, acceptată de femeile indigene în mod liber și care trebuie să poarte denumirea de *circumcizie genitală feminină*².

Distincția dintre noțiunea de *mutilare* și noțiunea de *circumcizie* rezidă în faptul că primul termen relevă aspectele negative ale practicii (dezvoltarea de probleme de sănătate precum infecții genitale recurente, dureri pelvine cronice, dificultăți conexe reproducerii, grave consecințe psihologice) în timp ce noțiunea de *circumcizie* desemnează un aspect neutru din punctul de vedere al genului fiind o practică impusă de religie care se aplică inclusiv bărbaților. Cu privire la acest aspect, doctrina³ a subliniat că mutilarea genitală feminină este un termen care nu poate echivala circumciziei feminine deoarece prima presupune o practică mult mai invazivă din punctul de vedere al modului de realizare (îndepărtarea organelor genitale feminine externe în totalitate sau parțial) și din punctul de vedere al consecințelor produse asupra sănătății fizice și mentale. Revenind la ideea circumciziei impusă de motive religioase care reprezintă o practică neutră din punctul de vedere al genului, subliniem din nou că în cazul bărbaților, intervenția la nivelul organelor genitale este minimă și nu prefigurează riscuri medicale în timp ce practica culturală a îndepărtării organelor genitale feminine externe nu poate echivala cu circumcizia feminină deoarece modul de efectuare al practicii și consecințele asupra sănătății feminine sunt majore. Astfel, considerăm că terminologia potrivită pentru această practică este cea de *mutilare genitală* și nu de *circumcizie*.

De asemenea, practica exciziei organelor genitale feminine externe în totalitate sau în parte nu poate fi calificată drept *circumcizie feminină* întrucât comunitatea religioasă africană (în speță comunitatea islamică) atestă că tradițiile și învățăturile religioase islamice nu aprobă ca o asemenea practică să fie realizată asupra corpului feminin⁴. Argumentul central cu privire la respingerea practicii culturale africane menționată mai sus adus de comunitatea islamică africană constă în ideea conform căreia Allah a creat omul în mod perfect iar îndepărtarea individului de la prototipul omului complet înseamnă îndepărtarea de divinitate și comiterea

¹ Subiectul mutilării genitale feminine este prezentat *in extenso* în lucrarea J. de L. Martin, *Derechos de las minorias en una sociedad multicultural*, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1998, A. Facchi, *Mutilaciones Genitales Femeninas y Derecho Positivo*, pp. 143-167.

² A.N. Davis, *Female Genital Cutting: The pressure of Culture, International Attention and Domestic Law on the Role of African Women*, Columbia Law School Journal, 2012, pp. 1-22.

³ H. Lewis, *Between Irua and „Female Genital Mutilation”: Feminist Human Rights Discourse and the Cultural Divide*, Harvard Human Rights Journal, Vol. 8, Spring 1995, pp. 4-8.

⁴ A. Osanloo, *The politics of women's rights in Iran*, Princeton University Press, 2009.

unui păcat. La această idee se adaugă un argument dogmatic potrivit căruia nu există mențiuni în Sfântul Coran (Qur'an) sau în îndrumările Profetului Muhammad care să ateste necesitatea supunerii populației feminine la procedeul mutilării genitale feminine. Deși în mod tradițional doctrinarii islamici nu acceptă mutilarea genitală feminină și resping promovarea acesteia pe filieră culturală, există și puncte de vedere contrare care mențin mutilarea genitală feminină la nivelul de *status quo cultural*.

Literatura de specialitate¹ a demonstrat controversa produsă de stabilirea statutului mutilării genitale feminine, existând opinii că această practică ar putea fi menținută ca obicei opțional ce reprezintă, potrivit dreptului islamic – *makramah* (o faptă virtuoasă), dar și opinii care afirmă nevoia de suprimare a practicii mutilării genitale feminine din cauza consecințelor medicale nefaste.

Pentru a evidenția rațiunile medicale care pot justifica mutilarea genitală feminină, a fost menționată ideea conform căreia noțiunea potrivită pentru a desemna mutilarea genitală feminină este *intervenția chirurgicală asupra părților genitale feminine*. Nu suntem de acord cu această inițiativă deoarece aceasta determină deformarea modului real în care se realizează practica mutilării genitale. După cum vom prezenta în secțiunea următoare a lucrării noastre, mutilarea genitală feminină nu echivalează unei intervenții chirurgicale desfășurată într-un spațiu steril și cu asistența unor specialiști în domeniu. Dimpotrivă, modul de realizare al practicii mutilării genitale este rudimentar, fiind similar cu îndeplinirea unui ritual în care rolul central îl ocupă victima care urmează să fie mutilată – aceasta din urmă așezată pe jos, fiind imobilizată și supusă mutilării fără anestezie prealabilă; în perioada ulterioară mutilării genitale, victima nu beneficiază de îngrijiri medicale specializate.

Tranzând controversa determinată de alegerea terminologiei corecte pentru a desemna practica africană a exciziei organelor genitale feminine externe, *Organizația Mondială a Sănătății* a impus termenul de *mutilare genitală feminină* și a realizat distincția între formele mutilării genitale feminine în funcție de gravitatea practicii: (1) excizia pielii din jurul clitorisului însoțită sau nu de excizia totală sau parțială a clitorisului (*sunna* sau mutilarea genitală feminină de gradul I); (2) excizia clitorisului însoțită de excizia totală sau parțială a labiei minore (mutilarea genitală feminină de gradul II); (3) excizia organelor genitale feminine externe (infibulația); (4) forme nespecificate de mutilare genitală feminină precum incizii/arsuri/cusături asupra țesutului clitorisului, introducerea de substanțe nocive în orificiul vaginal ș.a.² Este demn de subliniat faptul că noțiunea de *mutilare genitală feminină* s-a impus în documentele oficiale adoptate la nivel regional, inclusiv în standardele legale de protecție a drepturilor omului dezvoltate la nivel regional dintre care Protocolul de la Maputo cu privire la protecția drepturilor femeilor este cel mai relevant.

II.2.1.2. Cauze culturale ale mutilării genitale feminine

Mutilarea genitală feminină este un fenomen cultural. Încadrarea practicii culturale a mutilării genitale feminine în sistemul regional african este consecința cercetărilor empirice potrivit cărora practica este raportată preponderent în statele africane (preponderent în 28 de state din Africa Subsahariană și Nordul Africii) și incidental în Asia și Orientul Mijlociu – în

¹ UNICEF Egypt, *Female Circumcision: Between the Incorrect Use of Science and The Misunderstood Doctrine*, 2013, p. 7.

² WHO, UNICEF and UNFPA, *Female Genital Mutilation: A joint WHO/UNICEF/UNFPA statement*, World Health Organization, Geneva, 1997, pp. 1-2.

aceste cazuri argumentul invocat fiind interpretarea dispozițiilor religioase islamice. Cazuri de mutilare genitală feminină au fost înregistrate inclusiv în Europa, America de Nord, Australia – cauza principală fiind migrația populației africane în zonele menționate¹.

Literatura de specialitate a identificat multiple cauze care au determinat promovarea și conservarea practicii mutilării genitale iar elementul comun al acestora rezidă în *justificarea culturală*. Apelul la justificarea culturală a mutilării genitale feminine nu implică o argumentație unitară întrucât fiecare comunitate va avansa un argument cultural diferit în funcție de valorile promovate. Astfel, mutilarea genitală feminină este practică pentru a asigura *castitatea* femeilor până la căsătorie, pentru a garanta viitorului mire *fidelitatea* viitoarei soții pe parcursul căsătoriei, pentru a asigura *sănătatea* copiilor (există credința populară africană în virtutea căreia copiii născuți de o femeie care nu a fost supusă mutilării genitale feminine se vor naște cu malformații și vor muri). Adicional acestor credințe, mutilarea genitală feminină este practică în scopul *marcării, la nivelul comunității, a ritualului de transformare a fetelor în femei apte pentru căsătorie și formarea unei familii*².

În mod concret, ritualul mutilării genitale feminine constă în izolarea fetelor adolescente de familia de origine și plasarea lor în centrul festivităților de celebrare a dobândirii statutului de femeie. Ritualul mutilării genitale feminine se realizează în mijlocul comunității, fetele fiind dezbrăcate, așezate pe pământ și imobilizate de bărbații care asistă la ceremonie. Excizia organelor genitale feminine se realizează de către femei în vârstă care nu au pregătire medicală prin utilizarea unor ustensile nesterile precum cioburi sparte, lame, cuțite, fără ca victima să fie anesteziată. Procedura durează timp de 20 de minute iar ulterior plaga sângerândă se pansează cu remedii improvizate precum cauciuc, pământ etc. iar victima este imobilizată prin legarea picioarelor pentru a grăbi vindecarea. În medie, procesul de vindecare durează între 7 și 15 zile iar ulterior săvârșirii ritualului, familia femeii supuse ritualului deschide negocierile cu alte familii din comunitate pentru a pregăti căsătoria cutumiară a acesteia³.

O problemă reală care poate fi formulată în legătură cu mutilarea genitală feminină constă în *legitimitatea acesteia*. Mai clar, considerăm că există o inconsecvență între consecințele negative aduse de practica mutilării genitale feminine (infecții recurente în zona genitală, durere cronică, risc crescut de infectare cu virusul HIV/SIDA prin utilizarea aceluiași instrument asupra mai multor victime fără sterilizare prealabilă, afectarea sănătății sexuale și reproductive, depresii, stări de anxietate, atacuri de panică, insomnii) și menținerea practicii mutilării genitale la nivelul comunității africane. În plus, interzicerea expresă a mutilării genitale feminine prin instrumente legale adoptate la nivel regional (Protocolul de la Maputo) sau la nivel național (constituția, legislația penală) reprezintă, la nivel teoretic, o garanție esențială în suprimarea fenomenului. Explicația conservării practicii mutilării genitale feminine la nivelul comunităților africane în pofida reglementărilor adoptate și în pofida consecințelor

¹ Center For Reproductive Rights, *Gaining Ground. A Tool For Advancing Reproductive Rights Law Reform. Chapter V: Harmful Practices – The Case Of Female Genital Mutilation*, United States, 2006, p. 55.

² Cauzele desprinse din cultura comunității africane care favorizează menținerea mutilării genitale feminine au fost dezvoltate în: J. Namulondo, *Female Genital Mutilation. A Case of the Sabiny in Kapchowa District, Uganda, A dissertation submitted in partial fulfilment for the degree: Master in Human Rights Practice Department of Social Anthropology, University of Tromsø School of Global Studies, University of Gothenburg School of Business and Social Sciences, Roehampton University*, 2009, pp. 5-52; K.R. Kerubo, *Female Genital Mutilation – Effects On Women And Young Girls, A Thesis Submitted to Diaconia, University of Applied Sciences Diak South, Järvenpää Unit*, 2010, pp. 1-52; N. Abubakar, *Female Genital Mutilation: Why Does It Continue To Be A Social And Cultural Force?, A Thesis Submitted to Graduate Faculty as partial fulfillment of the requirements for the Master of Arts Degree in Degree in Sociology, The University of Toledo*, 2012, pp. 1-66.

³ Modul de desfășurare a ritualului mutilării genitale feminine este descris *in extenso* în lucrarea K.F. Sharif, *Female Genital Mutilation: What Does The New Federal Law Really Mean?*, Fordham Urban Law Journal, Volume 24, Issue 2, 1996, pp. 409-412.

negative răsfrânțe asupra sănătății feminine rezidă în impunerea pe cale culturală a fenomenului și transformarea acestuia în normă socială.

Suntem de acord cu explicația oferită de literatura de specialitate¹ conform căreia practica mutilării genitale persistă deoarece aplicarea constantă a acesteia la nivelul comunității a generat acceptarea de către membrii comunității ca un simbol al apartenenței la grup. Sancțiunile legale adresate practicanților mutilării genitale feminine nu sunt de natură să descurajeze practica datorită atașamentului pe care indivizii îl au față de comunitate. Cultura comunitarismului se dovedește a fi mai puternică decât reglementările legale de natură să transforme un fenomen dăunător pentru membrii săi în practică acceptată în comunitate. Aplicabilitatea fenomenului mutilării genitale feminine în detrimentul respectării normei de drept comun de la nivel național sau a normelor regăsite la nivelul documentelor regionale cu forță legală obligatorie este un exemplu clar al preeminenței dreptului cutumiar asupra dreptului statal și al violării drepturilor femeii prin apel la factorul cultural.

II.2.1.3. Mutilarea genitală feminină în instrumentele juridice

Protocolul Adițional la Carta Africană de Protecție a Drepturilor Omului referitor la Drepturile Femeii abordează în art. 5 raportul dintre practicile dăunătoare și drepturile femeii, favorizând respectarea acestora din urmă. În consecință, art. 5 interzice practicile care afectează în mod negativ drepturile femeii ca drepturi ale omului, menționând în mod expres *mutilările genitale feminine*. Articolul 5 lit. b) din Protocol propune înlăturarea mutilărilor genitale feminine prin mijloace legislative. Textul se răsfrânge inclusiv asupra practicilor mutilărilor genitale feminine desfășurate în condiții medicale sau para-medicale. Prevederile art. 5 au rol de prevenție și de soluționarea a cazurilor de mutilare genitală și a altor încălcări ale drepturilor femeii generate de practici dăunătoare prin: (1) creșterea gradului de cunoaștere a practicilor culturale dăunătoare prin programe de informare publică și prin programe de educație formală și informală; (2) organizarea de servicii pentru acordarea de asistență victimelor supuse practicilor culturale dăunătoare; (3) protecția femeilor care sunt susceptibile de a fi supuse la asemenea practici.

La nivel național, constituțiile statelor africane nu abordează în mod direct problema mutilării genitale feminine și nici aspectul practicilor culturale dăunătoare femeilor. În mod excepțional, constituțiile a trei state africane (Etiopia, Ghana și Uganda) cuprind precizări relative la practicile culturale dăunătoare, interzicându-le după modelul oferit de Protocolul de la Maputo. Este important de reținut că din cele trei state africane care au implementat la nivel constituțional prevederi referitoare la practicile culturale dăunătoare, Etiopia și Uganda prezintă drepturile femeii în strânsă legătură cu acest subiect, interzicând orice aspect cutumiar care ar aduce atingere drepturilor femeii. Această abordare juridică demonstrează ipoteza conform căreia în sistemul regional african există practici culturale care au lezat în mod particular drepturile femeii și a căror gravitate a atins un nivel atât de înalt încât a fost resimțită nevoia de a introduce în sistemul legal prevederi constituționale pentru eliminarea lor. Din rațiuni de claritate reproducem textele constituționale care reglementează problema influențelor aduse de cultura africană în materia drepturilor femeii.

Constituția Republicii Federale Democratice Etiopia – adoptată în decembrie 1994, statuează în Capitolul III – Drepturi și Libertăți Fundamentale, Partea a II-a – Drepturi Democratice, art. 35 – Drepturile Femeii: *Statul va consolida dreptul femeii la eliminarea influențelor obiceiurilor dăunătoare. Legile, obiceiurile și practicile care asupresc sau cauzează daune*

¹ UNICEF, *Female Genital Mutilation/Cutting: A statistical overview and exploration of the dynamics of change*, New York, 2013, pp. 14-22.

corporale sau mentale femeilor sunt interzise. Constituția Republicii Ghana – adoptată pe 28 aprilie 1992, reglementează înlăturarea practicilor cutumiare dăunătoare în Capitolul V – Drepturi și Libertăți Fundamentale, art. 26 alin. (2) stabilind cu privire la această problemă: *Toate practicile cutumiare care dezumanizează sau sunt dăunătoare bunăstării fizice sau mentale a individului sunt interzise.* Constituția Republicii Uganda – adoptată pe 8 octombrie 1995, Capitolul IV – Drepturi și Libertăți Fundamentale și de altă natură, art. 33 – Drepturile Femeilor, Alineatul (6) stabilește următoarele: *Legile, culturile, obiceiurile sau tradițiile care sunt împotriva demnității, bunăstării sau interesului femeilor sau care subminează statutul femeilor sunt interzise de Constituție.*

În sistemul legal național al statelor africane care nu dețin prevederi constituționale referitoare la practicile cutumiare contrare drepturilor femeii a fost adoptată legislație specială cu scopul de a reglementa această materie.

În lucrarea *Legislation To Address The Issue Of Female Genital Mutilation (FGM)*¹ realizată sub egida Organizației Națiunilor Unite de grupul de experți în bune practici legislative care abordează practicile dăunătoare femeilor sunt prezentate principalele aspecte din legislația specială adoptată. În rândurile care urmează, vom realiza comentarii asupra datelor cuprinse în lucrarea citată anterior, expunând, în același timp, principalele informații de interes pentru subiectul abordat.

Exempli gratia, Republica Benin a adoptat pe data de 3 martie 2003 *Legea cu privire la reprimarea Practicii Mutilării Genitale Feminine în Republica Benin*. Specificul legii constă în includerea mutilării genitale feminine în sfera ilicitului penal, art. 4 din lege impunând pedeapsa cu închisoarea între 6 luni și 3 ani și o amendă cuprinsă între 100.000 și 2.000.000 de franci pentru practica mutilării genitale feminine. O altă prevedere de interes promovată în lege constă în impunerea de pedepse pentru practica mutilării genitale feminine atât pentru persoanele fizice care comit fapta în calitate de autori cât și pentru complicii acestora care urmează să răspundă în același mod ca și autorul. De asemenea, art. 8 menționează că în cazul pluralității făptuitorilor, se va aplica pedeapsa maximă fără posibilitatea de a lua în calcul un factor de atenuare a pedepsei. Legea conține prevederi menite să prevină mutilarea genitală feminină astfel încât art. 9 stabilește în sarcina persoanelor care au responsabilitatea de a raporta organelor procuraturii incidența actelor de mutilare genitală feminină plata unei amenzi în cuantum variabil – între 50.000 și 100.000 de franci în cazul în care persoanele în cauză nu își îndeplinesc obligația. De asemenea în art. 10, legiuitorul impune personalului medical obligația de a asista victimele/supraviețuitoarele actelor de mutilare genitală feminină și de a informa autoritățile cu privire la aceste aspecte. Urmărind protecția drepturilor copilului, legea impune, în art. 5, o pedeapsă mai mare pentru cei care practică mutilarea genitală feminină asupra persoanelor cu vârste sub 18 ani, respectiv – pedeapsă cu închisoarea între 3 și 5 ani și plata unei amenzi al cărei maxim ajunge la 3.000.000 de franci.

În Burkina Faso, Legea nr. 43/96/ADP referitoare la mutilarea genitală feminină a intrat în vigoare pe data de 13 noiembrie 1996, reglementând în mod specific această practică. Cu titlu de noutate, art. 380 prezintă în mod detaliat modalitățile în care poate fi executată mutilarea genitală feminină stabilind pedeapsa aferentă iar ultimul alineat al articolului menționează circumstanța agravantă a morții victimei urmare a practicii mutilării genitale feminine. Din rațiuni de claritate vom prezenta conținutul art. 380: *orice persoană care violează sau încearcă să violeze integritatea fizică a organului genital feminin prin ablațiune, extirpare, desensibilizare sau prin orice altă modalitate va fi pedepsit cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă*

¹ *Legislation To Address The Issue Of Female Genital Mutilation (FGM)* Expert Group Meeting on good practices in legislation to address harmful practices against women, United Nations Conference Centre Addis Ababa, Ethiopia 25 to 28 May 2009, pp. 1-18.

cuprinsă între 150.000 și 900.000 de franci. Dacă mutilarea genitală feminină are ca rezultat moartea victimei, pedeapsa va consta în închisoare între 5-10 ani.

Republica Ciad reglementează mutilarea genitală feminină prin Legea nr. 6/PR/2002 referitoare la promovarea sănătății reproductive. Meritul legii constă în recunoașterea mutilării genitale feminine ca formă specifică de violență împotriva femeilor, fiind interzisă pe baza calificării de act de violență. Legea comportă și unele limite: (1) nu încorporează o definiție clară a mutilării genitale feminine – fapt care poate fi utilizat pentru eludarea prevederilor legale; (2) nu există o mențiune expresă în lege care să prevadă pedeapsa pentru actele de mutilare genitală. Experții legali în problemele conexe mutilării genitale feminine susțin că limitele conținute în Legea nr. 6/PR/2002 pot fi depășite prin apel la legislația Codului penal – art. 252-254 care abordează subiectul vătămarilor corporale. Din punctul nostru de vedere, textele articolelor enunțate nu sunt suficient de specifice și nu conțin mențiuni care să permită încadrarea juridică a mutilării genitale feminine în categoria infracțiunilor de vătămare corporală.

De exemplu, formularea utilizată de legiuitor în art. 252 C. pen. are caracter generic și nu surprinde particularitățile modului de operare utilizat de făptuitorii în săvârșirea mutilării genitale: *orice persoană care, în mod intenționat, lovește sau rănește sau comite orice alte acte de violență sau agresiune asupra unei alte persoane va fi pedepsită prin închisoare de la 6 zile la un an sau amendă cuprinsă între 500-500.000 de franci.* Articolul 253 C. pen. particularizează categoria actelor de violență asupra individului, fără a sublinia în mod expres actele de mutilare genitală feminină, menționând: *făptuitorul va fi pedepsit cu închisoare între 5-10 ani sau cu amendă cuprinsă între 10.000 și 500.000 franci în cazul mutilării, amputării, privarea de uzul unui membru, orbire, pierderea unui ochi, sau alte infirmități precum și în cazul în care loviturile aplicate sau rănilor suferite care au fost produse în mod intenționat asupra victimei determină moartea neintenționată a acesteia.* Conținutul art. 252 și 253 C. pen. nu menționează în mod expres formele de comitere a mutilării genitale feminine, rezumându-se la a descrie actele de violență îndreptate împotriva integrității fizice a persoanelor în mod neutru din punctul de vedere al genului. Considerăm că aceasta este o limită fundamentală a prevederilor Codului penal deoarece în lipsa unei calificări particulare, identificarea și sancționarea agresorilor responsabili pentru actele de mutilare genitală feminină este un proces futil. Un aspect pozitiv poate fi remarcat în Legea nr. 6/PR/2002 care identifică mutilarea genitală feminină ca un act de violență împotriva femeilor însă, *de lege ferenda*, se impune stabilirea pedepsei pentru acest act particular de violență.

Legislația Republicii Coasta de Fildeș prezintă o evoluție remarcabilă în domeniul mutilării genitale feminine deoarece prin Legea nr. 98-757 adoptată de Adunarea Națională în mai 1998 sunt soluționate două aspecte majore: (1) este menționată în mod expres definiția mutilării genitale feminine – conform art. 1 din *Legea violarea integrității fizice a organului genital femeiesc prin ablație, infibulație, desensibilizare sau prin orice altă procedură reprezintă mutilarea genitală feminină* și (2) este impus un regim specific de sancționare a persoanelor vinovate de săvârșirea mutilării genitale. Astfel, art. 2 stabilește că *orice persoană care săvârșește mutilarea genitală va fi pedepsită cu închisoare de la 1 la 5 ani și cu amendă cuprinsă între 360.000 și 2.000.000 de franci.* Cu privire la ultimul aspect observăm un sistem de sancționare al mutilării genitale feminine care cuprinde toate persoanele care, în practică, ar putea fi responsabile de comiterea acestei practici: (1) în ipoteza în care persoanele care săvârșesc mutilarea genitală aparțin profesiei medicale sau paramedicale minimul și maximul pedepsei se dublează iar aditional se aplică pedeapsa interdicției exercitării profesiei medicale/paramedicale pentru o perioadă de maximum 5 ani; (2) în ipoteza în care mutilarea genitală feminină este solicitată de părinții victimei sau dacă aceștia – având cunoștințe despre iminența comiterii mutilării genitale feminine nu informează autoritățile – pedeapsa aplicată este închisoare între 1-5 ani și plata unei amenzi cuprinsă între 360.000 și 2.000.000 franci.

În Republica Djibouti, Codul penal din 1995 interzice mutilarea genitală feminină menționând în art. 333 următoarele: *actele de violență care au condus la mutilarea genitală feminină sunt sancționate cu 5 ani de închisoare și cu o amendă de 1.000.000 de franci*. Deși legislația națională are meritul de a identifica actele de mutilare genitală feminină și de a le introduce în sfera ilicitului penal, identificăm unele limite legate de: (1) lipsa prevederilor aferente situației în care victima are sub 18 ani sau a situației în care mutilarea genitală feminină a avut ca urmare moartea victimei; (2) lipsa prevederilor referitoare la sancțiunea aplicată în ipoteza în care persoanele responsabile de săvârșirea mutilării genitale feminine sunt membrii de familie sau persoane care activează în serviciul medical.

Republica Senegal interzice în mod expres mutilarea genitală feminină conform art. 299 Cod penal introdus în urma procesului de amendare al Codului Penal din ianuarie 1999. În alin. (1) este descrisă fapta calificată ca mutilare genitală feminină iar pedeapsa stabilită pentru aceasta este închisoare de la 6 luni la 5 ani. Alineatul (2) prezintă circumstanțele agravante în care se poate comite mutilarea genitală feminină, legiuitorul distingând trei ipoteze: (1) săvârșirea faptei de personalul medical sau paramedical sau în urma instigării săvârșite de un cadru medical (paramedical) – caz în care se aplică pedeapsa maximă; (2) dacă mutilarea genitală feminină are ca urmare moartea victimei pedeapsa aplicată va fi muncă silnică pe viață; (3) orice persoană care prin cadouri, promisiuni, influențe, amenințări, intimidări, abuz de autoritate sau putere provoacă mutilări sexuale sau oferă instrucțiuni pentru comiterea mutilării genitale feminine va fi supus sancțiunilor aplicabile autorilor.

Mutilarea genitală feminină a fost pentru prima dată recunoscută în sistemul de drept african ca infracțiune și pedepsită ca atare conform prevederilor Codului penal al Sudanului adoptat în 1946. În acest context legal, era interzisă cea mai gravă formă de mutilare genitală – infibulația – însă erau permise formele mai ușoare. Reforma Codului Penal sudanez din 2003 a determinat adoptarea *Legilor Noului Sudan* – document care reglementa în secțiunea 284A infracțiunea mutilării genitale feminine în următorii termeni: *persoana care comite sau determină comiterea mutilării genitale feminine va fi pedepsită cu închisoare pe o perioadă de maximum 10 ani sau cu amendă sau cu ambele*. Apreciem că limita reglementării constă în absența stabilirii unei definiții clare a mutilării genitale feminine și stabilirea unor limite clare a pedepsei cu închisoarea și a pedepsei cu amenda. Coroborate, cele două limite legale determină dificultatea în realizarea unei corecte încadrări juridice a faptei mutilării genitale feminine dar și arbitrariul în privința aplicării de sancțiuni.

În Tanzania, Codul penal revizuit în 1998 interzice în mod expres mutilarea genitală feminină în art. 169A – Cruzimea față de copii. Alin. (1) include în conținutul actelor de cruzime față de copii mutilarea genitală feminină iar alin. (2) stabilește pedeapsa cu închisoarea între 5-15 ani, pedeapsa cu amenda în cuantum de maximum 300.000 de șilingi tanzanieni – oferind posibilitatea de a cumula sau de a aplica alternativ cele două sancțiuni. De asemenea, alin. (2) oferă posibilitatea instanțelor de judecată de a stabili o sumă pe care făptuitorul să o achite în contul victimei cu titlu de compensație pentru prejudiciul suferit. Modalitatea de reglementare a mutilării genitale feminine nu este cuprinzătoare, referindu-se doar la actele comise asupra persoanelor cu vârste sub 18 ani. Aplicând interpretarea *per a contrario*, rezultă că mutilarea genitală feminină este permisă persoanelor cu vârste peste 18 ani. Legislația penală din Tanzania se confruntă, aidoma cazurilor precedente, cu absența definiției legale a mutilării genitale feminine – aspect care determină dificultăți referitoare la punerea în aplicare a măsurilor de reprimare a practicii mutilării genitale.

Republica Togo a adoptat în anul 1998 Legea nr. 98-016 privitoare la mutilarea genitală feminină. Reglementarea este complexă, conținând definiția mutilării genitale feminine (art. 2) și interzicând această practică în toate formele sale (art. 1). Interdicția mutilării genitale feminine se referă la practica propriu-zisă și la actele de promovare sau participare la

înfăptuirea mutilării genitale feminine – pedepsele aplicate alternativ sau cumulativ fiind închisoare de la 2 luni la 5 ani sau amendă între 100.000-1.000.000 franci (art. 3 și 4). Legea conține dispoziții menite să prevină comiterea mutilărilor genitale feminine astfel încât impune ca persoanele care nu informează autoritățile publice despre comiterea actelor de mutilare genitală feminină sau despre tentativele de comitere a mutilării genitale feminine să fie pasibile de pedeapsa cu închisoarea între 1 lună și 1 an sau pedeapsa cu amenda în cuantum între 20.000-500.000 franci (art. 6). Legiuitorul urmărește să responsabilizeze personalul medical în procesul de stopare a mutilării genitale feminine, impunând obligația cadrelor medicale din spitalele publice sau private să asiste victimele mutilării genitale feminine prin acordarea ajutorului necesar (art. 7).

Analiza reglementărilor de mai sus demonstrează că deși sistemul regional african deține instrumente legale pentru interzicerea mutilărilor genitale feminine, aceste fenomene continuă să se manifeste în mod concret prin apel la influențele culturale. Mutilările genitale feminine s-au impus în comunitatea africană ca *norme culturale* care primează asupra normelor legale.

II.2.2. Căsătoriile cutumiare

II.2.2.1. Caracteristici generale¹

Dreptul cutumiar reglementează instituția căsătoriei într-o formă particulară prin comparație cu dreptul statutar. Dacă acesta din urmă s-a raliat la standardele legale democratice în privința instituției căsătoriei, promovând principiul egalității de gen ca regulă *sine qua non* ce se impune a fi respectată la încheierea căsătoriei, pe parcursul căsătoriei și la încetarea/desfacerea căsătoriei, dreptul cutumiar se ghidează în continuare după structurile patriarhale, neglijând drepturile femeii. Instituția *căsătoriei cutumiare* a reprezentat obiectul de studiu al doctrinei, fără a fi obținute puncte de vedere unitare asupra subiectului. Considerăm că trăsătura comună a *căsătoriilor cutumiare* rezidă în dimensiunea comunitară a instituției întrucât aceasta implică mai multe persoane decât cei doi soți pentru încheierea și desfășurarea validă. Bekker² observă că instituția căsătoriei presupune, potrivit dreptului cutumiar, un angajament asumat de familiile celor doi viitori soți. Familiile celor doi soți sunt garanții modului în care soții își vor îndeplini îndatoririle și își vor exercita drepturile iar orice neînțelegere apărută între soți pe parcursul căsătoriei va fi soluționată prin convocarea familiilor de proveniență. Mbiti³ argumentează dimensiunea comunitară a căsătoriei cutumiare prin sublinierea rolului pe care terțe persoane îl au în validarea căsătoriei: căsătoria cutumiară este comparată cu un proces care este dobândește validitate prin *nașterea primului copil* sau în momentul *căsătoriei primului copil* sau prin *plata darurilor necesare validării căsătoriei de către familia mirelui*.

Căsătoriile cutumiare presupun reguli contrare principiului egalității între genuri. În primul rând, literatura de specialitate⁴ observă că instituția căsătoriei cutumiare este pre-condiționată de acordul familiilor viitorilor miri. Oficierea căsătoriei cutumiare este validă

¹ Pentru detalii suplimentare asupra specificului dreptului cutumiar, a căsătoriei cutumiare și a dreptului statelor africane, a se consulta M.B. Berna, *Customary Law and Women's Rights Within the African System of Human Rights Protection*, articol publicat în *Logos Universality Mentality Education Novelty*, Volume IV, Issue 1, 2015, pp. 49-53.

² J.C. Bekker, *Seymour's Customary Law in Southern Africa*, Juta Cape Town 1989, p. 96.

³ J. Mbiti, *African Religions and Philosophy*, Heinemann, London, 1969, p. 130.

⁴ R.N. Ozoemena, Michelo Hansungule, *Re-envisioning Gender justice in African customary law through traditional institutions*, Policy Brief 63, November 2009, Center For Policy Studies, Johannesburg, South Africa, pp. 3-4; W. Kamau, *Customary Law and Women's Rights in Kenya*, The Equality Effect Organization, pp. 18-19.

în măsura în care reprezentanții familiilor persoanelor care urmează să se căsătorească își exprimă acordul. Aparent, această condiție de validitate a căsătoriei cutumiare afectează ambele genuri însă, *de facto*, discriminarea vizează genul feminin întrucât acordul mirelui pentru oficierea căsătoriei cutumiare se consideră în mod implicit comunicat familiei sale deoarece negocierile pentru încheierea căsătoriei cutumiare sunt inițiate de familia viitorului soț. În al doilea rând, una dintre condițiile de validitate pentru oficierea căsătoriei cutumiare este plata *lobolo* – prețul miresei care îmbracă forma unei despăgubiri pe care familia viitorului soț trebuie să o plătească în contul familiei viitoarei soții pentru a acoperi pierderea cauzată de părăsirea de către soție a familiei sale de proveniență¹.

Potrivit normelor dreptului cutumiar, plata *lobolo* simbolizează *dreptul soțului de a exercita puterea maritală asupra soției*, stabilindu-se *ab initio* raporturi inegalitare între soți și poziția subordonată a soției în raporturile maritale. În al treilea rând, normele dreptului cutumiar permit co-existența căsătoriilor monogame cu cele poligame, alocând prin aceasta o poziție subordonată femeilor. Studiile doctrinare sunt scindate în privința evaluării corecte din perspectiva egalității de gen a căsătoriilor poligame. Doctrina indigenă² tratează căsătoriile poligame (sub forma poligeniei) ca instituții care aduc mai multe avantaje comunității decât căsătoriile monogame având în vedere că familiile mai numeroase asigură supraviețuirea clanului iar existența mai multor soții va stimula competitivitatea economică între ele pentru obținerea favorurilor soțului – fapt care va determina creșterea economică în cadrul familiei. În egală măsură, căsătoriile poligame presupun nașterea unui număr mai mare de copii în cadrul comunității aspect care implică, la rândul său, creșterea forței de muncă în cadrul comunității. Alte opinii doctrinare³ critică instituția căsătoriilor poligame argumentând că poziția femeilor implicate în căsătorii poligame este subordonată, soțiile fiind reificate și transformate, alături de copiii lor, în bunuri incluse în proprietatea soțului.

Protocolul de la Maputo cu privire la drepturile femeii reglementează instituția căsătoriei în art. 6 lit. c) și acordă preferință căsătoriei monogame, urmărind, de asemenea, protecția drepturilor femeilor implicate în căsătorii poligame: *monogamia este încurajată ca forma preferată de căsătorie iar drepturile femeilor în cadrul instituției căsătoriei și în familie, incluzând relațiile maritale poligame sunt promovate și protejate*.

În următoarele secțiuni ale lucrării noastre ne propunem să prezentăm modul în care dreptul oficial reglementează căsătoriile cutumiare și eventualele progrese obținute în materia garantării drepturilor femeii. Pentru atingerea acestui obiectiv, vom analiza principalele documente legale în materia căsătoriilor cutumiare adoptate de unele state africane a căror legislație s-a remarcat în acest domeniu.

II.2.2.2. Reglementarea căsătoriei cutumiare

II.2.2.3. Africa de Sud

Sediul materiei în reglementarea căsătoriilor cutumiare este *Actul nr. 120/1998 pentru Recunoașterea Căsătoriilor Cutumiare*⁴. Articolul 1 clarifică semnificația conceptelor utilizate în

¹ W. Kamau, *op. cit.*

² G.L. Chavunduka, *Polygyny Among Urban Shona and Ndebele Christians*, 1979, Nada, vol. 12, pp. 10-20.

³ O. Jonas, *The practice of polygamy under the scheme of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa: a critical appraisal*, Journal of African Studies and Development, vol. 4 (5), 2012, pp. 142-149.

⁴ Actul nr. 120/1998 pentru Recunoașterea Căsătoriilor Cutumiare a fost adoptat pe data de 20 noiembrie 1998 și a intrat în vigoare la 15 noiembrie 2000. Actul a fost amendat prin Actul nr. 42/2001 cu privire la Probleme Judiciare și prin Actul nr. 31/2008 cu privire la Jurisdicția Curților Regionale.

conținutul Actului, stabilind, *inter alia*, semnificația noțiunilor *drept cutumiar* și *căsătorii cutumiare*. Conform secțiunii 1 alin. (2), expresia *drept cutumiar* desemnează obiceiurile și uzanțele celebrate în mod tradițional de popoarele indigene ale Africii de Sud care fac parte integrantă din cultura acestor popoare iar conform alin. (3), *căsătoriile cutumiare* reprezintă *căsătoriile încheiate în acord cu dreptul cutumiar*. Corelarea celor două texte ne conduce la concluzia potrivit căreia specificul căsătoriilor cutumiare rezidă în dreptul care le guvernează. Dreptul cutumiar în conformitatea căruia se încheie și se desfășoară căsătoriile cutumiare stabilește reguli desprinse din tradițiile și uzanțele africane, configurând o tipologie *suis generis* a instituției căsătoriei.

Actul stabilește în secțiunea 3 alin. (1) condițiile necesar a fi întrunite cumulativ pentru validitatea căsătoriei cutumiare: (1) *soții trebuie să aibă vârste de peste 18 ani și să consimtă la oficierea căsătoriei cutumiare*; (2) *căsătoria trebuie să fie negociată și celebrată în acord cu dreptul cutumiar*. Prevederile citate au utilitatea de a limita celebrarea, conform dreptului cutumiar, a căsătoriilor forțate sau a căsătoriilor timpurii însă acestea sunt laconice prin faptul că nu dezvoltă aspecte esențiale precum *procesul negocierii căsătoriilor cutumiare* sau al *celebrării* acestora. Evident, avem în vedere că dreptul cutumiar este esențialmente nescris și flexibil fiind diferit de la o comunitate la alta însă considerăm că în pofida acestor aspecte, pot fi menționate în lege unele aspecte generale. Legiuitorul se limitează la a explica în secțiunea 1 a documentului semnificația conceptului lobolo (prețul miresei), statuând în par. 4: *lobolo înseamnă proprietatea în bani sau în natură – fie că este utilizată expresia lobolo sau bogadi, bohali, xuma, lumalo, thaka, ikhazi, magadi, emabheka sau orice alt nume – pe care viitorul soț sau conducătorul familiei viitorului soț se obligă să o ofere conducătorului familiei viitoarei soții în considerarea încheierii căsătoriei cutumiare*. Legiuitorul nu specifică în mod concret rolul pe care prețul miresei (lobolo) îl deține în negocierea viitoarei căsătorii cutumiare și care sunt consecințele nerespectării angajamentului luat de familia viitorului mire.

Secțiunea 4 impune condiția *înregistrării căsătoriei cutumiare* stabilind, în alin. (1), obligația soților de a asigura înregistrarea căsătoriei cutumiare iar alin. (2) menționează că oricare dintre cei doi soți se poate adresa ofițerului responsabil cu înregistrarea căsătoriei cutumiare. De asemenea, soții sunt obligați să ofere informațiile necesare pentru a fi efectuată operațiunea de către autoritatea competentă. În secțiunea 4 alin. (4) lit. a) este indicat că ofițerul poate realiza înregistrarea căsătoriei cutumiare prin stipularea identității părților, datei încheierii căsătoriei și a prețului miresei care a fost convenit. În opinia noastră, reglementarea oferită de secțiunea 4 din Act este inconsecventă întrucât primele două alineate atestă *obligația soților de a înregistra căsătoria cutumiară* pentru ca ultimul alineat să menționeze în *expresis* că *eșecul în înregistrarea căsătoriilor cutumiare nu va afecta validitatea căsătoriei cutumiare*. Inconsecvența rezultă în mod evident din corelarea textelor secțiunii 4 din Actul pentru Recunoașterea Căsătoriilor Cutumiare: dacă este impusă obligația soților de a asigura înregistrarea căsătoriei cutumiare iar lipsa înregistrării căsătoriei cutumiare nu atrage sancțiunea nevalidității căsătoriei cutumiare (fără a fi în *expresis* menționată sancțiunea atrasă urmare a nerespectării condiției înregistrării), atunci putem afirma că obligația de asigurare a înregistrării căsătoriei cutumiare este futilă.

Inconsecvența legală observată atrage în mod implicit consecințe asupra poziției soților în cadrul instituției căsătoriei cutumiare. Suntem de părere că prin introducerea obligației soților de a asigura înregistrarea căsătoriei cutumiare legiuitorul a urmărit adaptarea instituției căsătoriei cutumiare la rigorile democratice aplicabile căsătoriilor oficiate conform dreptului statutar – acestea din urmă fiind prezumate a deține un grad înalt de compatibilitate cu principiul egalității între genuri. În aceeași ordine de idei, secțiunea 6 se referă la *egalitatea soților în statut și capacități*, urmărind să asigure drepturile soției pe parcursul căsătoriei cutumiare: *în cadrul căsătoriei cutumiare soția deține, pe baze de egalitate cu soțul și în conformitate cu sistemul proprietății matrimoniale care guvernează căsătoria, statut și capacitate*

depline de a dobândi bunuri și de a dispune de ele; ea poate intra în relații contractuale și litigioase, adițional drepturilor și puterilor de care beneficiază în temeiul dreptului cutumiar. Apreciem că principiul egalității menționat în secțiunea 6 are caracter declarativ și este inconsecvent cu alte dispoziții ale Actului pentru Recunoașterea Căsătoriilor Cutumiare. Identificăm două inconsecvențe care implică egalitatea dintre soți la încheierea și pe parcursul căsătoriei cutumiare: (1) principiul egalității între soți este inconsecvent cu reglementarea *in expressis* a prețului miresei (lobolo) – acesta din urmă reificând statutul femeilor (secțiunea 1 alin. (4)); secțiunea 4 alin. (4) lit. a) din Actul pentru Recunoașterea Căsătoriilor Cutumiare); (2) principiul egalității între soți este inconsecvent cu prevederile referitoare la căsătoriile poligame (secțiunea 7 alin. (4) lit. b) reglementează posibilitatea căsătoriilor poligame ca prerogativă exclusivă a bărbaților – în cazul în care un bărbat are calitatea de soț în mai mult de o căsătorie cutumiară, toate persoanele care au interes în cauză și, în mod particular, soția sau soțiile aplicantului trebuie să fie co-optate în proceduri. Secțiunea 7, alin. (6) menționează *in expressis* posibilitatea exclusivă a bărbaților de a contracta căsătorii poligame – bărbatul care are calitatea de soț într-o căsătorie cutumiară și dorește să contracteze o nouă căsătorie cutumiară cu o altă femeie de la data aplicabilității prezentului Act, trebuie să depună o solicitare la Curte pentru a fi aprobat un contract scris care să stabilească sistemul proprietății matrimoniale aplicabil viitoarei căsătorii).

II.2.2.4. Kenya

Sistemul legal național nu beneficiază de legislație specială în materia garantării căsătoriilor cutumiare astfel încât aspectele legale conexe căsătoriilor cutumiare sunt precizate în *Actul Căsătoriilor* – publicat în Suplimentul Gazetei Kenya, nr. 62, din 6 mai 2014, intrat în vigoare pe 20 mai 2014. Instituția căsătoriilor poligame este regăsită în Partea a II-a – Prevederi generale, art. 3 alin. (1), conform căruia *căsătoria este uniunea voluntară dintre un bărbat și o femeie fie sub forma unei uniuni monogame, fie sub forma unei uniuni poligame și trebuie să fie înregistrată conform prevederilor prezentului act*. Este demn de observat că Actul Căsătoriilor recunoaște ca forme valabile ale căsătoriei – căsătoria creștină, hindusă, islamică, civilă sau cutumiară iar dintre aceste forme, potrivit art. 6 alin. (3), *sunt prezumate a fi poligame sau potențial poligame căsătoriile celebrate sub dreptul cutumiar sau sub dreptul islamic*.

Reținem că dreptul statutar recunoaște caracterul poligam al căsătoriilor cutumiare, stabilind în mod expres (Partea I – Aspecte Preliminare, art. 2 alin. (10) din Actul Căsătoriilor) că noțiunea de *poligamie* desemnează *starea sau practica* prin care un bărbat poate simultan avea mai multe soții. Suntem de părere că reglementările precizate referitoare la *căsătoriile cutumiare poligame* sunt în discordanță cu principiul egalității în drepturi și obligații a soților la încheierea căsătoriei, pe parcursul căsătoriei sau la desfacerea căsătoriei stipulat în art. 3 alin. (2). Pentru a oferi aparența efectivității principiului egalității în drepturi a soților, art. 8 alin. (1) menționează *posibilitatea transformării căsătoriei potențial poligamă într-o căsătorie monogamă sub condiția ca fiecare soț să declare în mod voluntar intenția de a realiza transformarea*.

Partea a V-a a Actului Căsătoriilor reglementează căsătoriile cutumiare, oferind repere generale cu privire la elementele necesare oficierei lor. Problema *dreptului aplicabil căsătoriilor cutumiare* soluționată prin impunerea unei prescripții generale în art. 43 alin. (1) conform căreia *căsătoriile reglementate în această parte a actului vor fi celebrate în acord cu obiceiurile comunităților uneia sau ambelor părți*. Prevederea conținută în art. 43 ne indică legătura intrinsecă dintre dreptul cutumiar și obiceiurile comunității iar prevederea cuprinsă în alin. (2) al aceluiași articol prezintă *obligativitatea de plată a zestre* ca una dintre condițiile de validitate

a căsătoriei cutumiare. Observăm că Actul Căsătoriilor nu utilizează conceptul tradițional *lobolo* pentru a arăta obligația de plată a zestre, fiind utilizat termenul generic de *zestre* – întâlnit și în dreptul oficial. Articolul 2 alin. (5) explică semnificația noțiunii de *zestre* ca echivalentul unui simbol constând din *animale, bunuri, bani sau orice altă proprietate oferită sau promisă în considerarea încheierii unei căsătorii*. Legiuitorul a operat înlocuirea tradiționalului *lobolo* cu *zestrea* promisă pentru încheierea căsătoriei cutumiare aspect pe care îl considerăm pozitiv deoarece echilibrează relațiile dintre soți, fără să existe mențiuni legale care să permită ca *zestrea* să fie considerată prețul miresei.

Articolele 44-45 stabilesc obligația soților de a notifica registrul competent, ulterior parcurgerii tuturor etapelor necesare pentru celebrarea căsătoriei cutumiare asupra realizării acestui aspect iar notificarea trebuie să cuprindă referințe asupra dreptului cutumiar aplicabil căsătoriei și o declarație scrisă a părților din care să rezulte că au fost îndeplinite condițiile necesare pentru încheierea valabilă a căsătoriei cutumiare. De asemenea, notificarea trebuie să arate că au fost îndeplinite condițiile solicitate de dreptul statutar pentru valabilitatea căsătoriilor cutumiare – respectiv este necesar ca notificarea să dovedească (1) vârsta minimă a părților pentru oficierea căsătoriei (18 ani), (2) faptul că între viitorii soți nu există relații prohibite pentru oficierea căsătoriei cutumiare, (3) consimțământul liber al părților la căsătorie.

Reținem că Actul Căsătoriilor în Kenya realizează progrese în materia drepturilor femeii, urmărind îmbunătățirea statutului marital al femeilor căsătorite conform dreptului cutumiar. Cu toate acestea, caracterul nescris al dreptului cutumiar și varietatea practicilor dreptului cutumiar care diferă în funcție de credințele comunității determină dificultatea impunerii, prin apel la dreptul statutar, a unor standarde în materia egalității de gen în domenii care aparțin sferei private precum căsătoria. În cazul Kenyiei, vom aprecia *recunoașterea prin intermediul dreptului statutar al caracterului prezumat poligam al căsătoriilor cutumiare ca un factor de regres în garantarea drepturilor femeii*.

II.2.2.5. Uganda

Căsătoriile cutumiare sunt reglementate prin *Actul Înregistrării Căsătoriilor Cutumiare* – intrat în vigoare pe 1 octombrie 1973. Semnificația căsătoriilor cutumiare este explicată în Partea I – Interpretare, punctul 2 în următorul mod: *căsătoriile cutumiare înseamnă căsătoriile celebrate în conformitate cu ritualurile comunității africane atât timp cât una dintre părțile căsătoriei este membră a acelei comunități precum și căsătoriile celebrate conform Părții a III-a a prezentului Act*. Partea a III-a a Actului reglementează posibilitatea încheierii căsătoriei cutumiare în favoarea persoanelor care nu aparțin triburilor indigene din Uganda, statuând, în art. 21 modalitatea concretă prin care individul non-indigen poate contracta o căsătorie cutumiară: *(...) orice persoană care nu aparține niciunui trib indigen din Uganda și dorește să contracteze o căsătorie cutumiară trebuie să semneze și să transmită spre înregistrare în districtul în care se dorește realizarea acelei căsătorii cutumiare, o notificarea cu privire la acest fapt care trebuie să îmbrace forma prescrisă*.

Problema caracterului poligam al căsătoriilor cutumiare este enunțată în Partea I-Interpretare, art. 4 din Actul Înregistrării Căsătoriilor Cutumiare, astfel: (1) *Căsătoriile cutumiare pot fi celebrate în orice parte a Ugandei*. (2) *Căsătoriile cutumiare pot fi poligame*. Partea introductivă a Actului nu oferă explicații asupra caracterului poligam al căsătoriilor cutumiare (acesta fiind implicit) însă oferă explicații asupra *căsătoriilor monogame* care reprezintă *căsătoriile dintre un bărbat și o femeie înăuntrul căreia nici unul dintre ei nu vor fi liberi să contracteze căsătorie cu o altă persoană*. În privința condițiilor de validitate ale căsătoriilor cutumiare art. 11 stabilește care sunt cerințele a căror nerespectare poate conduce

la declararea nulității, enumerând în acest sens: (1) situația în care partea feminină a căsătoriei nu a împlinit vârsta de 16 ani; (2) neîmplinirea vârstei de 18 ani pentru partea masculină a căsătoriei; (3) lipsa sănătății psihice a oricăreia dintre părțile căsătoriei; (4) părțile căsătoriei se află în relații prohibite de rudenie menționate în cel de-al doilea tabel al Actului sau căsătoria este prohibită de obiceiul uneia dintre părțile căsătoriei; (5) una dintre părți a contractat anterior o căsătorie monogamă care subzistă la data contractării căsătoriei poligame. Observăm că între condițiile a căror neîndeplinire atrage declararea nulității, nu se numără și cerința *consimțământului liber exprimat al celor doi viitori soți* – aspect care poate conduce la concluzia potrivit căreia consimțământul viitorilor soți nu este o cerință solicitată pentru valabilitatea încheierii a căsătoriei cutumiare. În acest mod se confirmă ideea potrivit căreia consimțământul în cazul căsătoriilor cutumiare trebuie să fie exprimat de reprezentanții familiilor celor doi viitori soți și de comunitatea de apartenență, fiind subliniat că în contextul dreptului cutumiar african, căsătoria este o problemă a grupului.

Importanța căsătoriilor cutumiare al căror caracter poligam este prezumat (art. 4 alin. (2)), este demonstrată de dispozițiile art. 12 și 13. Articolul 12 – *Căsătoriile cutumiare și monogame sau căsătoriile musulmane*, reglementează în alin. (1) și 2 două ipoteze distincte care atestă preeminența acordată de legiuitor căsătoriilor cutumiare asupra căsătoriilor monogame și asupra celor islamice. Conform alin. (1) – (...) *dacă o persoană a fost căsătorită potrivit Actului Căsătoriilor sau potrivit oricărei alte legi care reglementează relațiile de căsătorie și în mod subsecvent a contractat o căsătorie cutumiară pe parcursul căsătoriei monogame anterior încheiată dar înainte de intrarea în vigoare a prezentului Act, căsătoria cutumiară subsecventă va fi interpretată ca validă*. În alin. (2) ipoteza enunțată anterior este inversată, fiind evocată situația unei persoane care a contractat inițial căsătoria cutumiară iar subsecvent a contractat o căsătorie monogamă sau o căsătorie musulmană. În acest caz, căsătoria inițială oficiată potrivit dreptului cutumiar va rămâne validă, fără ca validitatea sa să fie afectată de încheierea căsătoriilor subsecvente.

Articolul 13 din Act statuează în mod clar preeminența căsătoriilor cutumiare asupra căsătoriilor monogame sau musulmane menționând în *expresis*: *dacă o persoană contractează o căsătorie cutumiară sub acest Act și subsecvent contractează o căsătorie monogamă sau musulmană cu o altă persoană, validitatea căsătoriei cutumiare nu va fi afectată de căsătoria monogamă sau musulmană însă căsătoria monogamă sau musulmană vor fi considerate nule*.

Susținerea căsătoriilor poligame în relațiile de familie determină, în mod implicit, statuarea unei poziții subordonate pentru femeile căsătorite și încălcarea principiului egalității de gen. Remarcăm că spre deosebire de reglementarea oferită de Actul Căsătoriilor din Kenya, legislația din Uganda nu enunță în mod expres *egalitatea între soți în drepturi și obligații la încheierea căsătoriei, pe parcursul căsătoriei și la încetarea căsătoriei* – acesta reprezentând un argument în plus pentru demonstrarea caracterului discriminatoriu al preeminenței legale acordate căsătoriilor cutumiare în Uganda.

Este demn de menționat că în anul 2003, reforma legală în materia drepturilor femeilor a determinat adoptarea *Actului Relațiilor Interne* care acordă un rol esențial instituției căsătoriei, reglementând în detaliu aspecte care sunt schițate în *Actul Înregistrării Căsătoriilor Cutumiare* și care stabilesc sediul materiei în privința instituției căsătoriei.

II.2.3. Drepturile femeilor văduve

II.2.3.1. Caractere generale

Dreptul cutumiar nescris promovează practici dăunătoare pentru femeile văduve precum *interzicerea obiceiurilor de îngrijire fizică, obligarea văduvei la ingerarea de substanțe nocive în scopul de a proba lipsa de implicare a văduvei în moartea soțului, supunerea văduvei la ritualuri*

de purificare în urma cărora văduva este dezlegată de spiritul soțului decedat. Observăm o omogenizare a ritualurilor cutumiare dăunătoare văduvelor prin impunerea practicii moștenirii văduvei de către rudele de gen masculin al defunctului – aspect care a determinat reglementări legale în majoritatea statelor africane.

Spre deosebire de instituția cutumiară a moștenirii văduvei, alte instituții ale dreptului cutumiar precum *principiul primogeniturii masculine în materie succesorală* au beneficiat de o reglementare coerentă care a determinat rezultate concrete în materia promovării egalității între genuri. Prin hotărârea pronunțată de Curtea Constituțională a Africii de Sud în cauza *Bhe* principiul primogeniturii masculine a fost declarat ca neconstituțional iar principiul egalității între genuri în materie succesorală a fost reiterat. Cu toate acestea evoluția în materia drepturilor succesoriale ale femeilor realizată în cauza *Bhe*¹ a fost pur teoretică, decizia pronunțată în speță fiind criticată (în mod legitim, în opinia noastră), pe motivul lipsei de competență a tribunalelor oficiale în probleme juridice care țin de dreptul cutumiar. Reținem că inițiativele legale întreprinse prin dreptul statutar în scopul de a elimina practicile cutumiare dăunătoare în materia drepturilor succesoriale ale femeilor sunt benefice pentru consolidarea protecției juridice a femeilor însă rezistența dreptului cutumiar este notabilă.

II.2.3.2. Tratatamentul juridic al văduvelor

II.2.3.2.1. Africa de Sud

Asemeni problemelor referitoare la căsătorie, aspectele juridice legate de succesiune și de drepturile femeii văduve sunt tratate diferit după cum ne raportăm la dreptul cutumiar sau la dreptul statutar. Africa de Sud menține, la nivelul dreptului cutumiar nescris, regula *primogeniturii masculine* în temeiul căreia, în cazul decesului conducătorului familiei, moștenirea se transmitea exclusiv pe linie masculină, primului născut de gen masculin. În ipoteza în care defunctul avea mai mulți descendenți însă ultimul născut era de gen masculin, moștenirea se cuvenea acestuia din urmă pe considerente exclusiv legate de gen, fiind înlăturate celelalte rude. În decizia *Bhe*², Curtea Constituțională Sud Africană a suprimat regula *primogeniturii masculine* aplicabilă succesiunilor invocând temeiul incompatibilității cu drepturile femeii și cu principiul egalității între genuri. Decizia impune standarde democratice, acordând dreptul femeilor văduve la moștenire, însă apreciem că prin cauza *Bhe*, Curtea Constituțională Sud Africană este autoarea unui drept al femeilor care se validează doar în mod teoretic, fără a avea incidențe practice recunoscute.

Reiterăm caracterul nescris și flexibil al dreptului cutumiar african iar lipsa codificării acestuia neagă posibilitatea instaurării în mod concret a unor practici efective care să asigure egalitatea între genuri. În același sens, literatura de specialitate³ critică legitimitatea deciziei emanată de la Curtea Constituțională Sud Africană cu privire la posibilitatea anulării unei practici cutumiare în măsura în care dreptul cutumiar este segregat de dreptul oficial, fiecare ramură beneficiind de instanțe proprii. Atât timp cât Curtea nu deține competența necesară pentru a evalua cauzele cutumiare, rezultatul negării practicii *primogeniturii masculine* – deși

¹ Case *Bhe and Others v. The Magistrate, Khayelitsha and Others; Sibi v. Stihole and Others Case; South African Human Rights Commission and Another v. The President of the Republic of South Africa*, 2005 (1) SA 563 (CC); 2005 (1) BCLR 1 (CC).

² *Bhe and Others v Magistrate, Khayelitsha and Others; Shibi v Sithole and Others*; SA Human Rights Commission and Another v President of the RSA and Another, Constitutional Court 2-3 March 2004, 15 October – final judgement.

³ V. Poologasundram, *Intestancy Rights of Widows In South Africa: Has Customary Law Been Oppressive ?*, University of New South Wales Law Journal, Faculty of Law, No. 14-01, 2013, pp. 1-16.

în acord cu principiul egalității de gen – are efectul unui drept pe hârtie care nu îmbunătățește în mod efectiv statutul femeilor văduve.

Dreptul văduvelor la moștenirea conducătorului familiei este dificil a fi stabilit în contextul aplicării dreptului cutumiar întrucât însuși statutul de femeie căsătorită nu este un aspect tranșat în mod limpede în cadrul căsătoriilor cutumiare. După cum am analizat în secțiunea anterioară a lucrării noastre aferentă căsătoriilor cutumiare și reglementarea acestora pe calea dreptului statutar, în Africa de Sud, *Actul pentru Recunoașterea Căsătoriilor Cutumiare* impune condiția înregistrării acestora fără a stabili sancțiunea aplicată în caz de neîndeplinire a condiției. Astfel, dificultatea de a proba existența căsătoriei cutumiare este o problemă strâns legată de dovada calității de soție supraviețuitoare.

Analizând cauze¹ relative la succesiune în care calitatea de soție supraviețuitoare a văduvei nu putea fi stabilită cu certitudine, Curtea Constituțională Sud Africană a luat în considerare condiția impusă de dreptul cutumiar pentru celebrarea căsătoriilor – respectiv *plata lobolo*. În speța citată, Curtea Constituțională Sud Africană a evaluat gradul în care a fost achitat lobolo (prețul miresei) ajungând la concluzia potrivit căreia în ipoteza în care lobolo nu a fost plătit la nivelul stabilit inițial, căsătoria cutumiară nu există și, în consecință nu există calitatea de soție supraviețuitoare. Decizia pronunțată de Curtea Constituțională Sud Africană a fost, din nou, supusă criticilor doctrinarilor în drept cutumiar² care susțineau că practica lobolo validează căsătoria cutumiară prin *înțelegerea* părților asupra plății prețului miresei. În consecință, în cauza expusă, practica lobolo nu poate conduce la invalidarea căsătoriei cutumiare atât timp cât *cerința privitoare la acordul părților* asupra plății lobolo și asupra cuantumului lobolo a fost îndeplinită.

În mod particular, problema dreptului văduvei la moștenire este formulată diferit de dreptul cutumiar, fiind impusă regula primogeniturii masculine cu mențiunea dreptului văduvei și a copiilor acesteia la întreținere. Susținătorii dreptului cutumiar³ argumentează că regula primogeniturii masculine nu afectează în mod negativ drepturile femeii dat fiind faptul că deși văduva nu este îndrituită în mod direct la moștenire, aceasta are dreptul la acoperirea nevoilor sale de către fiul defunctului care a dobândit moștenirea, acesta fiind obligat la întreținerea văduvei. Descendentul de gen masculin care devine titularul moștenirii are obligația de a se consulta cu soția supraviețuitoare a defunctului în problemele referitoare la administrarea moștenirii și, în special, în privința efectuării actelor de dispoziție privitoare la bunurile cuprinse în masa succesorală. Dreptul cutumiar nu stabilește cotele cuvenite moștenitorilor defunctului, fiind stabilită doar regula primogeniturii masculine cu obligația corelativă impusă moștenitorului defunctului de a asigura întreținerea văduvei și a copiilor acesteia precum și consultarea văduvei în aspecte care vizează întreținerea și administrarea succesiunii. De asemenea, probleme în stabilirea moștenirii cuvenite soției supraviețuitoare pot surveni în ipoteza în care căsătoria a avut caracter poligam.

În 1987, Republica Sud Africană adoptă *Actul privitor la Reglementarea Moștenirilor Legale*⁴ care aduce clarificări referitoare la raporturile dintre moștenitori și ordinea chemării la moștenire – aspecte care nu sunt detaliat abordate de dreptul cutumiar. Din conținutul Actului reținem *Secțiunea I – Cazurile de moștenire ab intestat* care oferă soluții pentru diverse ipoteze legale privitoare la existența/inexistența unei anumite categorii de moștenitori. Articolul 1 al

¹ *Mthembu v Letsela* (2000) 3 SA 867, p. 17.

² J. van Rensburg, *Mthembu v Letsela: The Non-Decision*, *Potchefstroom Electronic Law Journal*, Vol. 4, 2001 pp. 9-10, *apud* V. Poologasundram, *Intestancy Rights of Widows In South Africa: Has Customary Law Been Oppressive?*, University of New South Wales Law Journal, Faculty of Law, No. 14-01, 2013, pp. 1-16.

³ J.C. Bekker, N.J. Olivier, N.J.J. Olivier & W.H. Olivier, *Indigenous Law*, Butterworths, Durban, 1995, p. 161.

⁴ Actul a fost adoptat la 30 septembrie 1987 și a intrat în vigoare la 18 martie 1988. Actul a fost amendat prin *Actul cu privire la Amendamentul asupra Legii Succesiunii nr. 43/1992* și prin *Actul cu privire la Reforma Dreptului Cutumiar al Succesiunilor și Reglementarea Aspectelor Conexe nr. 11/2009*.

Secțiunii 1 din Act formulează următoarea ipoteză pentru a stabili ordinea chemării la succesiune. Dacă după punerea în aplicare a prezentului Act o persoană moare fără testament există următoarele posibile soluții: (1) dacă defunctul are o soție supraviețuitoare însă nu are un descendent, soția supraviețuitoare va primi moștenire; (2) dacă defunctul va fi supraviețuit de un descendent și nu are soție, atunci descendentul va dobândi moștenirea; (3) dacă moștenirea lăsată *ab intestat* nu este suficientă pentru a acoperi nevoile fiecărei soții supraviețuitoare și/sau nevoile femeilor menționate în par. a), b), c) ale Secțiunii 2, alin. (2) din Actul cu privire la Reforma Dreptului Cutumiar al Succesiunilor și Reglementarea Aspectelor Conexes astfel cum este indicat de Minister, atunci proprietatea va fi divizată în mod egal între soții.

Aspectele referitoare la succesiunile *ab intestat* desfășurate conform prevederilor dreptului cutumiar au fost detaliate în legislația Africii de Sud prin intermediul *Actului cu privire la Reforma Dreptului Cutumiar al Succesiunilor și Reglementarea Aspectelor Conexes nr. 11/2009*¹. Preambulul Actului reafirmă informații obținute pe calea cercetării empirice în domeniul moștenirii cutumiare și a modului în care drepturile femeii sunt ocrotite în acest context. Primele 5 alineate din Preambul abordează direct limitele dreptului cutumiar în a asigura protecție adecvată în materie succesorală soției defunctului și copiilor născuți în afara căsătoriei cutumiare, criticând totodată principiul primogeniturii masculine impus de dreptul cutumiar pentru faptul că încalcă principiul egalității de gen consacrat de Constituție și promovat de dreptul statutar: (1) (...) *văduva unei căsătorii cutumiare (...) nu se bucură de protecție adecvată și de beneficii în temeiul dreptului cutumiar al succesiunii*; (2) (...) *copiii născuți în afara căsătoriei cutumiare nu se bucură de protecție adecvată conform dreptului cutumiar*; (3) *secțiunea 9 din Constituție asigură dreptul tuturor la o protecție egală din partea legii*; (4) *circumstanțele sociale s-au modificat de natură că dreptul cutumiar al succesiunilor nu mai asigură în mod adecvat bunăstarea membrilor de familie*; (5) *Curtea Constituțională a declarat că principiul primogeniturii masculine aplicat de dreptul cutumiar al succesiunilor nu poate fi reconciliat cu noțiunile curente ale egalității și demnității umane conținute în Secțiunea Drepturilor Omului din Constituție*.

Declararea principiilor fundamentale avute în vedere de legiuitor în momentul redactării Actului constituie punctul de plecare în formularea celorlalte dispoziții cuprinse în Act. Secțiunea a 2-a a Actului stabilește modificările aduse dreptului cutumiar al succesiunii în considerarea principiilor expuse în Preambul. În art. 2 lit. a), b) și c), din Secțiunea a doua a Actului sunt menționate ipotezele legale posibile în cazul moștenirii *ab intestat*, subliniind situația soției supraviețuitoare și a copiilor defunctului. Astfel, dacă defunctul este supraviețuit de soție și de un descendent, soției supraviețuitoare i se va cuveni partea copilului din moștenire sau, va avea dreptul la o cotă din moștenire care să nu depășească în valoare suma fixată de Cabinetul membrului responsabil de administrarea justiției. Într-o altă ipoteză, o femeie, alta decât soția defunctului, care a intrat într-o uniune cu defunctul reglementată de dreptul cutumiar în scopul de a-i asigura copii defunctului, poate fi considerată descendent al defunctului. Situația descrisă prezintă interes pentru că nu reprezintă o căsătorie cutumiară poligamă încheiată ulterior unei alte căsătorii cutumiare poligame astfel încât femeia în cauză să aibă calitatea de soție supraviețuitoare. Femeia în cauză este calificată de prezentul Act ca parteneră a unei uniuni contractate cu defunctul în scopul asigurării de copii în favoarea acestuia iar, în materie succesorală, calitatea acesteia este de descendentă a defunctului.

Secțiunea a 3-a a Actului are relevanță întrucât prezintă modul de interpretare a unor dispoziții cuprinse în Actul Succesiunilor *Ab Intestat*. Conform art. 1, orice referire cuprinsă în Secțiunea 1 a Actului Succesiunilor *Ab Intestat* referitoare la *soția supraviețuitoare* poate fi interpretată ca fiind orice soție și orice femeie dintre cele menționate în ipotezele legale din

¹ Actul a fost adoptat la 19 aprilie 2009.

Secțiunea a 2-a, art. 2, lit. a), b) și c) din *Actul cu privire la Reforma Dreptului Cutumiar al Succesiunilor și Reglementarea Aspectelor Conexe*. Considerăm că interpretarea extensivă a noțiunii de *soție supraviețuitoare* prin includerea în această categorie a tuturor soțiilor defunctului din căsătoriile cutumiare poligame contractate de acesta precum și a femeilor care i-au fost partenere defunctului în uniuni al căror scop a constat în obținerea de copii este benefică drepturilor femeii, sporind protecția juridică a femeilor implicate în căsătorii cutumiare sau în uniuni recunoscute de dreptul cutumiar. Articolul 3 din Secțiunea a 3-a a *Actului cu privire la Reforma Dreptului Cutumiar al Succesiunilor și Reglementarea Aspectelor Conexe* are meritul de a indica modul de calcul al cotei-părți cuvenită copilului defunctului, indicând că pentru a stabili cota din moștenire care i se cuvine copilului defunctului este necesar să împărțim valoarea monetară a moștenirii la numărul total de copii ai defunctului – care fie au supraviețuit defunctului, fie sunt pre-decedați însă au lăsat, la rândul lor, descendenți și la numărul de soții și femei care au avut cu defunctul o uniune recunoscută conform dreptului cutumiar.

Secțiunea a 4-a din *Actului cu privire la Reforma Dreptului Cutumiar al Succesiunilor și Reglementarea Aspectelor Conexe* reglementează în mod expres dreptul femeilor de a dispune prin testament de proprietatea acordată sau calculată potrivit dreptului cutumiar în virtutea căsătoriei cutumiare, acordând prin aceasta o protecție sporită femeilor implicate în căsătorii cutumiare. Este demn de menționat și faptul că orice referire privitoare la copii cuprinsă în testamentul femeii implicate într-o căsătorie cutumiară poate fi interpretată, fără distincție, ca fiind în favoarea copiilor născuți din uniunea soțului femeii în cauză cu o altă femeie, uniune recunoscută de dreptul cutumiar în scopul asigurării de copii. În mod similar, în categoria copiilor femeii care dispune prin testament pot fi incluși copiii născuți de o femeie care s-a căsătorit cutumiar cu femeia care dispune prin testament în scopul oferirii de copii în favoarea acesteia. Suntem de părere că reglementările cuprinse în Secțiunea a 4-a a *Actului* au finalitatea de a asigura egalitatea între copiii născuți din căsătorii cutumiare și a celor născuți în afara căsătoriilor cutumiare însă din uniuni recunoscute conform dreptului cutumiar. În mod similar, este consolidată protecția oferită femeilor în temeiul dreptului cutumiar prin acordarea, în favoarea acestora, a posibilității de a dispune prin testament de proprietatea obținută urmare a căsătoriei cutumiare.

II.2.3.2.2. Kenya

Dreptul cutumiar promovează inegalitatea între genuri în materie de succesiune, stabilind o poziție subordonată în privința femeilor văduve. Literatura de specialitate¹ subliniază, în urma informațiilor obținute prin cercetările de teren efectuate, trei practici dăunătoare femeilor care sunt impuse pe filieră culturală: (1) *evacuarea văduvei din casa matrimonială urmare a decesului soțului*; (2) *moștenirea femeii văduve de către fratele soțului defunct (practica este cunoscută sub denumirea tero buru)*; (3) *practica purificării văduvei prin obligarea acesteia la întreținerea de raporturi sexuale cu un bărbat specializat în îndeplinirea ritualului purificării*. Corelate, practicile cutumiare menționate conduc la promovarea unor raporturi inegalitare între genuri prin expunerea văduvelor la privațiuni economice și la riscuri ale sănătății (contractarea de HIV/SIDA prin întreținerea de raporturi sexuale neprotejate).

Legea Succesiunii² din Kenya nu cuprinde prevederi specifice pentru a înlătura practicile culturale care încalcă drepturile femeii. Partea a V-a a Legii Succesiunii reglementează moște-

¹ The International Women's Human Rights Clinic Georgetown University Law Center and The Federation of Women Lawyers: Kenya, *Empowering Women With Rights to Inheritance – A Report on Amendments to the Law of Succession Act Necessary to Ensure Women's Human Rights: A Human Rights Report and Proposed Legislation*, Georgetown Journal of International Law, Vol. 40, 2009, pp. 129-138.

² Laws of Kenya, Law of Succession Act, Chapter 160, Revised Edition 2012, Published by the National Council for Law Reporting with the Authority of the Attorney-General.

nirea *ab intestat* potrivit dreptului statutar iar secțiunea 35 stabilește regulile aplicabile în ipoteza în care defunctul/a are un soț supraviețuitor și un copil/copii: (1) *conform prevederilor secțiunii 40, dacă persoana defunctă are un soț supraviețuitor și un copil sau copii, soțul supraviețuitor va fi îndrituit la (1) bunurile personale și cele aparținând gospodăriei lăsate de defunct – pe care le deține în mod absolut; (2) dreptul de uzufruct asupra masei succesoriale nete. Dacă soțul supraviețuitor este de gen feminin (văduvă), atunci dreptul de uzufruct va fi limitat la momentul în care aceasta se va recăsători.* Formularea utilizată de legiuitor în secțiunea 35 din Legea Succesiunii aparent promovează principiul egalității între genuri deoarece nu este utilizată noțiunea de *defunct* – aspect care impune prezumția deschiderii succesiunii lăsate de un bărbat în calitate de conducător de familie. În schimb, este utilizată noțiunea neutră din punctul de vedere al genului de *persoană defunctă*. De asemenea, termenul de *soție supraviețuitoare* este înlocuit de noțiunea neutră *soț supraviețuitor*. Conținutul secțiunii 35 nu este în acord cu principiul egalității de gen dat fiind faptul că în ipoteza în care soțul supraviețuitor este o femeie, dreptul de uzufruct asupra locuinței de familie este limitat la momentul recăsătoriei acesteia. Apreciem că aspectul legal este discriminatoriu în temeiul următoarelor argumente: (1) condiția de a nu se recăsători impusă văduvei pentru reținerea dreptului de uzufruct nu are echivalent în situația în care soțul supraviețuitor ar fi fost un bărbat; (2) retragerea dreptului la uzufruct asupra succesiunii văduvei care se recăsătorește creează premisele unei situații de privațiuni economice și de vulnerabilizare socială a văduvei; (3) admitând că dispoziția referitoare la cerința ca văduva să nu se recăsătorească este respectată, dreptul văduvei la a reține uzufructul este insuficient pentru asigurarea unui trai decent și pentru ocrotirea văduvei de aplicarea practicilor cutumiare menționate anterior.

Secțiunea 36 din Legea Succesiunii stabilește modul de partajare a masei succesoriale în ipoteza în care defunctul are o soție supraviețuitoare și nu deține copii din căsătorie. De asemenea, secțiunea 36 reiterează dreptul soției supraviețuitoare la uzufruct asupra proprietăților cuprinse în masa succesorală sub condiția non contractării unei căsătorii subsecvente. În ipoteza legală enunțată anterior, succesiunea va fi partajată conform următoarelor reguli: *soția supraviețuitoare va dobândi: (1) în mod absolut, din netul masei succesoriale, bunurile personale și gospodărești ale defunctului; (2) suma de 10.000 de șilingi din restul succesiunii nete sau echivalentul a 20% din acesta, fiind alocată partea cea mai mare; (3) dreptul la uzufruct din totalul succesoral rămas. Dacă soțul supraviețuitor este o văduvă, atunci dreptul la uzufruct va fi limitat de recăsătoria văduvei.*

Acordăm o atenție particulară dreptului la uzufruct acordat soției supraviețuitoare, observând că acesta consolidează starea de inechitate dintre genuri. Vom explica punctul nostru de vedere conform următorului raționament: (1) dreptul de uzufruct nu include, în mod tradițional, în conținutul său, atributul dispoziției; (2) soția supraviețuitoare nu dispune de atributul de a înstrăina bunuri care fac obiectul dreptului de uzufruct; (3) conform secțiunii 37 din Legea Succesiunii, *soțul supraviețuitor îndrituit la exercitarea uzufructului sub prevederile secțiunilor 35 și 36 din Lege, cu acordul tuturor co-deținătorilor și al tuturor copiilor majori sau cu acordul Curții, poate vinde, pe perioada uzufructului, orice proprietate care este obiect al dreptului la uzufruct atât timp cât acest lucru este necesar pentru întreținerea personală a soțului supraviețuitor.* În cazul proprietății imobiliare, exercițiul puterii de dispoziție va fi întotdeauna supusă consimțământului Curții. Ultima ipoteză legală enunțată demonstrează că dreptul la uzufruct acordat soției supraviețuitoare nu permite acesteia să beneficieze în absolut de bunurile moștenirii asupra cărora se exercită dreptul respectiv. Adicional, posibilitatea de a realiza acte de înstrăinare a bunurilor asupra cărora văduva exercită dreptul de uzufruct este condiționată de consimțământul altor persoane/autorități.

În altă ordine de idei, reglementarea oferită de secțiunea 40 din Legea Succesiunii se referă la situația în care defunctul a fost poligam, menționând criteriile de divizare a succesiunii în acest caz. Formularea utilizată de secțiunea 40 conduce la concluzia conform căreia situația

femeilor văduve este subordonată dacă avem în vedere următoarele idei: (1) legiuitorul utilizează termenul de *poligamie* pentru a desemna varianta *poligeniei*; (2) femeile văduve din căsătoriile poligame sunt tratate în materie succesorală ca și copiii ai defunctului. Potrivit prevederilor secțiunii 40: *dacă defunctul a fost căsătorit de mai multe ori conform oricărui sistem de drept care permite poligamia, bunurile sale personale și gospodărești și restul succesiunii nete vor fi, în primă instanță, divizate între gospodăriile sale în acord cu numărul de copii din fiecare casă dar adăugând soția supraviețuitoare ca unitate adițională la numărul copiilor.*

O altă prevedere discriminatorie a Legii Succesiunii constă în dispoziția cuprinsă în secțiunea 39 care acordă preeminență tatălui în culegerea moștenirii în situația în care defunctul nu are soț supraviețuitor sau copii. Ordinea în culegerea succesiunii defunctului subliniază *preferința acordată prin lege persoanelor cu vocație succesorală*. Exprimarea utilizată de legiuitor în secțiunea 39 alin. (1) este: *Dacă defunctul nu a lăsat soț supraviețuitor sau copii, moștenirea netă va fi devoluată în favoarea rudelor defunctului conform următoarei ordini de preferință: (1) tatăl; – sau, în caz de deces al tatălui, (2) mama*. Aspectul discriminatoriu rezultă din încălcarea principiului egalității în drepturi a părinților în relația cu copiii lor, în acest sens, secțiunea 39 din Legea Succesiunii trebuind să acorde ambilor părinți aceeași poziție în ordinea de preferință la succesiune.

II.2.3.2.3. Uganda

Practicile cutumiare în materie de drepturi succesoriale afectează statutul femeilor văduve în Uganda. Diversitatea grupurilor etnice (Baganda, Iteso, Bakiga, Lugbara) atestă o varietate de practici cutumiare care promovează o condiție inferioară pentru segmentul feminin. *Exempli gratia*, gruparea etnică Baganda interzice văduvelor să practice acte de îngrijire fizică în perioada imediat următoare decesului conducătorului familiei. De asemenea, văduvelor le este interzis să rămână în locuința de familie până la finalizarea ceremonialului de priveghere și înmormântare. Grupul Iteso interzice văduvelor acte precum îngrijirea corporală sau alimentarea pe o perioadă de trei zile de la data decesului conducătorului familiei pentru a obține dovada, în cadrul comunității, a suferinței văduvelor pentru decesul soțului. În mod similar cu ritualurile prezente în comunitățile din Kenya, comunitatea Iteso din Uganda practică *oferirea văduvei spre moștenire* fiilor vitregi sau fraților mai tineri ai decedatului. Dacă văduva nu are copii cu defunctul aceasta nu poate refuza practica moștenirii, iar în ipoteza contrară, văduva se poate recăsători cu o persoană aleasă de ea. Însă, dacă aceasta dorește să se despartă de clanul de apartenență al soțului defunct, atunci trebuie să părăsească locuința de familie iar viitorul soț trebuie să plătească în contul familiei soțului decedat prețul miresei (lobolo) achitat de acesta din urmă¹.

Comunitatea Bakiga aplică practica moștenirii văduvei de către fiii vitregi sau frații defunctului fără a oferi posibilitatea văduvei de a se recăsători cu o persoană liber aleasă iar comunitatea Lugbara aplică moștenirea văduvei de alte rude de gen masculin ale defunctului doar dacă văduva se dovedește a avea calități excepționale². Comunitatea Lugbara nu admite practica moștenirii văduvei dacă aceasta din urmă se dovedește nedemnă – în acest caz, soluția va consta în izgonirea văduvei din locuința matrimonială și negarea accesului văduvei la moștenirea lăsată de soțul defunct. Dacă văduva refuză să fie moștenită de rudele masculine ale defunctului, soluția va fi identică: izgonirea sa din familia soțului defunct și negarea accesului la moștenire³.

¹ Pentru detalii suplimentare a se consulta J.O. Wengi, *Women's Law and Grassroots Justice in Uganda*, Law Africa Publishing, 2015, pp. 108-115.

² J.O. Wengi, *op. cit.*, pp. 66-77.

³ L.H. Limann, *Widowhood Rites And The Rights Of Women In Africa: The Ugandan Experience*, LLM Thesis, Faculty of Law Makerere University Kampala, Uganda, 2003, pp. 27-40; J.O. Wengi, *op. cit.*, pp. 77-87.

Dreptul cutumiar ilustrat prin practicile promovate în privința văduvelor este antagonic principiului egalității între genuri promovat la nivelul Constituției Ugandei sub forma *egalității în demnitate între bărbați și femei* [art. 33 alin. (1) Constituție]. De asemenea, practicile impuse de dreptul cutumiar asupra văduvelor neagă posibilitatea autorităților statale de a dezvolta acțiuni afirmative care să contracareze subordonarea istorică la care au fost supuse femeile prin mijloace culturale. În această ordine de idei, exemplele extrase din comunitățile menționate anterior contravin dispozițiilor cuprinse în art. 33 alin. (5) din Constituția Ugandei – (...) *femeile vor avea dreptul la acțiuni afirmative în scopul de a fi redresate dezechilibrele create de istorie, tradiție sau obiceiuri*.

În anul 2003, Parlamentul Ugandei a adoptat *Actul relațiilor de familie* care abordează direct instituția cutumiară a moștenirii văduvei de către rudele soțului defunct în *Partea a III-a – Elemente ale căsătoriei*, art. 16. Suntem de părere că aspectele reglementate în art. 16 cu referire la moștenirea femeii văduve de rudele masculine ale soțului defunct, sunt contradictorii și nu oferă o protecție juridică eficientă femeii văduve. Astfel, alin. (1) al art. 16 stabilește cu titlu de regulă generală interdicția *adresată bărbatului care dorește căsătoria cu o văduvă conform practicii moștenirii văduvei*. În aceeași ordine de idei, alin. (3) al art. 16 interzice *in expressis* instituția moștenirii văduvei iar alineatul următor stabilește sancțiunea pentru această practică constând fie în aplicarea alternativă a amenzii fie pedeapsa cu închisoarea care să nu depășească un an, fie aplicarea cumulativă a celor două pedepse.

Cu toate că aplicarea coroborată a acestor norme poate fi interpretată ca interzicând în mod absolut practica moștenirii văduvei, alin. (2) al art. 16 oferă o derogare importantă de la regulă, permițând situația ca un bărbat să se căsătorească cu văduva unei rude de-ale sale atât timp cât această relație se întemeiază pe consimțământul reciproc al părților. Considerăm că această prevedere menține starea de subordonarea a femeilor și contribuie la acordarea unei aparențe de legalitate practicii moștenirii văduvelor care se realizează în mod forțat, fără consimțământul acesteia din urmă. Documentul prin care se urmărea reformarea raporturilor private în scopul de a îmbunătăți protecția juridică a drepturilor femeii se dovedește deficitar în tranșarea problemei moștenirii văduvei, impunând, în art. 16, o breșă legală care permite promovarea acestei practici cutumiare dăunătoare.

III. Dreptul statutar și aplicațiile sale în materia drepturilor femeii

○ III.1. Carta Africană a Drepturilor Omului și a Popoarelor

III.1.1. Evoluție și adoptare

Carta Africană a Drepturilor Omului și Popoarelor¹ reprezintă prima și cea mai cuprinzătoare inițiativă juridică regională în materia drepturilor omului de la nivelul continentului african. Adoptarea acesteia reflectă un proces dificil și îndelungat care necesită o analiză diacronă în vederea obținerii unei înțelegeri adecvate.

Dificultatea majoră observată în procesul de redactare și adoptare a Cartei Africane rezidă în dezideratul de a obține, la nivel regional, un document specializat în materia drepturilor omului – apt să propună un model unic, care să integreze filozofia și cultura africană. Cu alte cuvinte, dezideratul concret urmărit prin adoptarea Cartei Africane constă în crearea unui instrument juridic prin intermediul căruia să fie conciliate două elemente fundamentale: protecția drepturilor omului (concept de inspirație vestică) și cultura africană (lăitmotiv indigen).

¹ Adoptată la 27 iunie 1981 de Organizația Uniunii Africane și intrată în vigoare la 21 octombrie 1986. *Brevitatis causa*, vom utiliza în cursul lucrării noastre expresia *Carta Africană* pentru a desemna *Carta Africană a Drepturilor Omului și a Popoarelor*.

Discuțiile asupra formulării unui conținut adecvat pentru Carta Africană datează din anii 1961 când la Conferința desfășurată în Lagos a fost identificată direcția generală a fundamentării unui regim de protecție a drepturilor omului. Luând în considerare faptul că noțiunea de *drepturi ale omului* este inovatoare pentru continentul african, fiind apreciată de doctrinariii indigeni ca un concept importat din Occident, experții legali africani au înțeles nevoia de a stabili un program coerent de diseminare a informațiilor aferente sistemului regional de protecție a drepturilor individuale și de grup. În 1969, la inițiativa Diviziei Drepturilor Omului din cadrul Organizației Națiunilor Unite, s-a desfășurat Conferința de la Cairo în care s-a discutat despre posibilitatea de a implementa o comisie regională de protecție a drepturilor omului și despre nevoia de a disemina informații privitoare la mecanismele regionale de protecție a drepturilor omului care urmau a fi definitivitate¹.

Conferința de la Cairo a reprezentat un prilej pentru reafirmarea dorinței de a adopta un document regional de protecție a drepturilor omului care să illustreze identitatea africană. Adoptarea unui document de protecție a drepturilor omului a fost susținută și de lipsa caracterului *cuprinzător* al Declarației Universale a Drepturilor Omului – aceasta din urmă fiind echivalentul unui instrument de protecție a drepturilor omului care simboliza inițiativele popoarelor creștine din Europa și care nu putea prevedea particularitățile sistemului african de protecție a drepturilor omului. Conferința de la Monrovia din 1979 desfășurată sub auspiciile Organizației Națiunilor Unite a îndeplinit misiunea de a crea o comisie regională de protecție a drepturilor omului printr-o propunere realizată pe acest subiect. De asemenea, propunerea servea drept model pentru Carta Africană a Drepturilor Omului, reiterând drepturi cuprinse în documentele internaționale. Deși propunerea de la Monrovia reprezintă o inițiativă redutabilă în prefigurarea sistemului regional de protecție a drepturilor omului, aceasta a fost respinsă în 1979 la Dakar pe motiv că nu surprinde spiritul african. În consecință, până la întrunirea de la Dakar, erau recunoscute ca fiind autentice africane trei documente: Carta Organizației Uniunii Africane², Convenția Organizației Unității Africane pentru eliminarea mercenarismului în Africa³, Convenția⁴ Organizației Unității Africane privind aspectele specifice ale problemelor refugiaților în Africa⁵.

Doctrina⁶ notează că primul pas în redactarea și adoptarea Cartei Africane a constatat în adunarea experților africani desfășurată în perioada 28 noiembrie-8 decembrie 1979, în Dakar, Senegal. Obiectivul întâlnirii era reprezentat de pregătirea unui document care să încorporeze filozofia juridică africană și să corespundă nevoilor popoarelor africane. Experții au reținut că experiențele istorice unice ale continentului african precum procesul colonizării sau faptele de genocid impun abordarea aspectelor din domeniul drepturilor omului într-o manieră specifică. Cea de-a doua etapă a procesului de redactare și adoptare a Cartei Africane a fost reprezentată de întrunirea miniștrilor de justiție și a experților legali africani desfășurată în perioada 8-15 iunie 1980 la Banjul, Gambia, cu scopul de a completa conținutul Cartei. La finalul Conferinței, a fost aprobat conținutul a 11 articole din Cartă⁷. Următoarea Conferință Ministerială desfășurată sub auspiciile Organizației Unității Africane în perioada 7-19 ianuarie 1981 a determinat

¹ R. Gittleman, *The African Charter On Human And Peoples' Rights: A Legal Analysis*, Virginia Journal of International Law, Vol. 22, Issue 4, pp. 670-673.

² Charter of the Organization of African Unity, 479 U.N.T.S. 39, entered into force 13 September 1963.

³ Convention of the OAU for the Elimination of Mercenarism in Africa, O.A.U. Doc. CM/433/Rev. L. Annex 1 (1972), entered into force April 22, 1985.

⁴ OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa, adopted by the Assembly of Heads of State and Government at its Sixth Ordinary Session, entered into force 20 June 1974 In Accordance With Aarticle XI Addis-Ababa, 10 September 1969.

⁵ R. Gittleman, *op. cit.*, pp. 670-673.

⁶ *Idem*, pp. 667-670.

⁷ *Idem*, pp. 670-673.

completarea conținutului Cartei Africane conform unui program prestabilit. La 10 iunie 1981, Secretarul General al Organizației Unității Africane a prezentat un raport privitor la Carta Africană a Drepturilor Omului și Popoarelor și, în pofida criticilor adresate conținutului final al Cartei și al chestionării viitorului acesteia, s-a decis aprobarea fără amendamente a conținutului în cadrul Adunării șefilor de state și de guverne. În mod oficial, Carta a fost adoptată fără amendamente pe 27 iunie 1981 după ce, în cadrul celei de-a 18-a Adunări a șefilor de state și de guverne s-a convenit discutarea punctuală a Cartei în vederea adoptării. Începând din septembrie 1982, 12 state africane au semnat Carta iar 2 state (Mali și Guinea) au depus la Secretariatul General instrumentele de ratificare fără a invoca rezerve față de prevederile Cartei¹.

III.1.2. Reglementarea factorului cultural²

Carta Africană a Drepturilor Omului și Popoarelor își afirmă originalitatea la nivel regional printr-o seamă de particularități: (1) includerea de prevederi care să garanteze drepturi aparținând celor trei generații; (2) stabilirea de obligații corelative drepturilor garantate astfel încât individul nu este doar beneficiar al protecției juridice oferite de stat, acesta fiind deopotrivă obligat față de stat și față de comunitatea de apartenență ca revers al beneficiului drepturilor; (3) reglementarea, prin intermediul Cartei, a unor obligații în sarcina individului, nu presupune, în mod implicit, că individul va beneficia de drepturile incluse în Cartă doar în măsura în care acesta își realizează obligațiile; (4) recunoașterea *in expresis* a drepturilor colective, acordate popoarelor (*exempli gratia* art. 19 – *dreptul tuturor popoarelor la egalitate și drepturi*; art. 20 – *dreptul la autodeterminare*)³.

Suntem de părere că originalitatea Cartei Africane rezultă din importanța acordată *factorului cultural* în reglementare. Analiza Preambulului Cartei dezvăluie atenția pe care redactorii o acordă culturii africane din dorința de a realiza obiectivul urmărit pe parcursul procesului de redactare și adoptare a Cartei Africane – acela de a crea un instrument regional unic prin care să fie promovată identitatea popoarelor africane. În alin. (5) din Preambul este menționat rolul atribuit tradiției istorice și valorilor civilizaționale africane în procesul de protecție a drepturilor omului: (...) *luând în considerare virtuțile tradiției istorice și valorile civilizației africane care ar trebui să inspire și să caracterizeze reflectarea lor asupra conceptului de drepturi ale omului și ale popoarelor (...).*

Introducerea factorului cultural în procesul garantării drepturilor omului și popoarelor la nivel regional demonstrează adaptarea conceptului occidental al *drepturilor omului* la particularitățile africane în scopul obținerii unei înțelegeri specifice atașate drepturilor omului – aptă să reflecte realitățile regionale. Identitatea africană construită prin intermediul factorului cultural are în centrul său preocupările ilustrate în antepenultimul paragraf din Preambulul Cartei – *obținerea eliberării totale a popoarelor africane, obținerea independenței și a demnității, întreprinderea de activități menite să elimine colonialismul, neo-colonialismul, apartheidul, sionismul și demontarea bazelor militare străine impuse prin forță precum și eliminarea tuturor formelor de discriminare, în mod particular cele bazate pe rasă, etnie, grup,*

¹ *Ibidem.*

² Pentru detalii suplimentare asupra raportului dintre reglementările juridice ale Cartei Africane și dreptul cutumiar african, a se consulta M.B. Berna, *Customary Law and Women's Rights Within the African System of Human Rights Protection*, articol publicat în *Logos Universality Mentality Education Novelty*, Volume IV, Issue 1, 2015, pp. 44-46.

³ Pentru detalii suplimentare, a se consulta S.B. Keetharuth, *Major African Legal Instruments*, în Anton Bosl, Joseph Diescho, *Legal Perspectives on their Protection and Promotion*, Windhoek Publisher, 2009, pp. 166-180.

culoare, sex, limbă, religie sau opinii politice. În aceeași ordine de idei, art. 22 din Carta Africană a Drepturilor Omului și Popoarelor stipulează prerogativa popoarelor referitoare la *dezvoltarea economică, socială și culturală* care trebuie să fie realizată în acord cu libertatea și identitatea popoarelor și respectând moștenirea comună a umanității.

III.1.3. Dreptul la egalitate și nediscriminare

Aspectele conexe egalității și nediscriminării au o abordare marginală în Carta Africană, fiind cuprinse în art. 2 – *dreptul de a fi liber de discriminare* și art. 3 – *dreptul la egalitate în fața legii și la protecție egală din partea legii*. Articolele 2 și 3 din Carta Africană prezintă dimensiunea individuală a egalității și nediscriminării în timp ce art. 18 – *protecția familiei și a grupurilor vulnerabile* și 19 – *dreptul popoarelor la egalitate și drepturi* prezintă dimensiunea colectivă a egalității.

În ipoteza legală stabilită în art. 2, nediscriminarea este descrisă astfel: *fiecare individ se va bucura de drepturile și libertățile recunoscute și garantate în prezenta Cartă fără distincție în funcție de rasă, grup etnic, culoare, sex, limbă, religie, opinie politică sau altă opinie, origine națională sau socială, naștere sau orice alt statut*. Apreciem că formularea legală cuprinsă în art. 2 din Carta Africană este similară cu formularea legală utilizată în art. 14 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale deoarece în ambele cazuri, dreptul la nediscriminare este garantat individului în legătură cu exercitarea drepturilor și libertăților statuate în respectivul document. Diferența dintre textul Cartei Africane (art. 2) și textul Convenției Europene (art. 14) rezidă în *tipologia criteriilor discriminatorii și ordinea în care acestea sunt enumerate*.

Carta Africană utilizează criteriul *grupului etnic* – acesta nefiind regăsit în enumerarea criteriilor discriminatorii stabilite de Convenția Europeană. Criteriul discriminatoriu al apartenenței la un grup etnic subliniază specificul sistemului african de protecție a drepturilor omului, dat fiind faptul că experiența genocidului din Rwanda a fost cauzată de segregarea etnică a grupurilor Hutu și Tutsi. Observăm că *sexul* este enumerat ca și criteriu discriminatoriu atât în instrumentul regional african cât și în Convenția Europeană însă ordinea de enumerare este diferită. În Convenția Europeană, criteriul sex este primul din lista criteriilor discriminatorii interzise în timp ce art. 2 din Carta Africană stabilește criteriul sex pe poziția a patra, ulterior criteriilor *rasă, grup etnic, culoare* – toate acestea subliniind particularitățile istorice ale sistemului african de protecție a drepturilor omului. Articolul 3 din Carta Africană exprimă laconic, în cele două alineate ale sale, egalitatea indivizilor în fața legii și dreptul fiecărui individ de a beneficia de o protecție egală din partea legii.

Dimensiunea colectivă a egalității este înfățișată prin raportare la conținutul art. 18 și 19 din Cartă. Articolul 19 impune egalitatea referindu-se la egalitatea între popoare și la dreptul popoarelor de a beneficia de aceleași drepturi, fiind interzisă dominarea unui popor de un altul. Suntem de părere că prevederile art. 19 accentuează specificul sistemului regional african întrucât nevoia de a cuprinde în conținutul Cartei Africane egalitatea între popoare este o consecință a perioadei coloniale în care dominatorii străini și-au impus elementele de cultură și civilizație asupra indigenilor. Articolul 18 evocă egalitatea în contextul protecției grupurilor vulnerabile, incluzând în această categorie femeile, copiii și persoanele cu dizabilități. Drepturile femeilor sunt delimitate, conform art. 18, prin comparație cu două grupări – cea a persoanelor vulnerabile și grupul familiei. Din punctul nostru de vedere, includerea protecției drepturilor femeii în conținutul art. 18 confirmă perspectiva tradiționalistă promovată de Carta Africană care este în acord cu factorul cultural în virtutea căruia femeile aparțin sferei private. Ideea exprimată anterior este susținută de alin. (2) al art. 18 – *Statul va avea datoria de a asista familia care este custodele valorilor tradiționale și morale recunoscute de comunitate*.

Analizând comparativ modul în care Carta Africană abordează factorul cultural și teoria egalității, ajungem la concluzia potrivit căreia factorul cultural are preeminență asupra acesteia din urmă. În plus, teoria egalității este recunoscută și dezvoltată cu precădere în dimensiunea sa colectivă.

○ III.2. Protocolul Adițional la Carta Africană a Drepturilor Omului și Popoarelor cu privire la Drepturile Femeii în Africa

III.2.1. Contextul adoptării

Insuficiențele demonstrate de Carta Africană a Drepturilor Omului și a Popoarelor în relație cu subiectul egalității și nediscriminării și, în special, cu privire la garantarea drepturilor femeii, au condus la luarea în considerare a ideii adoptării unui document specializat în probleme ale egalității de gen. Faptul a fost remarcat și de literatura de specialitate¹ care nota că în sistemul regional african, adoptarea Cartei Africane a Drepturilor Omului și Popoarelor și ratificarea extinsă de către statele africane a Convenției ONU pentru Eliminarea Tuturor Formelor de Discriminare față de Femei nu au reprezentat garanții suficiente pentru promovarea eficientă a drepturilor femeii. În aceeași ordine de idei, nota introductivă a formei nedefinitive a Protocolului argumenta necesitatea acestuia pornind de la premisa conform căreia *nici un instrument african relaționat cu problema drepturilor omului nu a proclamat și nu a statuat în mod precis care sunt drepturile fundamentale ale femeii în Africa; există așadar un vacuum în Carta Africană cu privire la asigurarea unei griji reale față de preocupările curente ale femeii în Africa*².

Protocolul Adițional la Carta Africană a Drepturilor Omului și Popoarelor cu privire la Drepturile Femeii în Africa³ avea ca obiectiv stabilirea de răspunsuri legale față de problemele particulare ale femeilor africane. Protocolul este un document evolutiv, fiind redactat pentru a îndeplini obiectivul stabilit la adoptarea Cartei Africane – și anume menținerea valorilor africane în promovarea drepturilor omului la nivel regional, accentuând problema nediscriminării și realizării drepturilor femeii. Protocolul de la Maputo conciliază tradițiile africane cu promovarea drepturilor femeii, stabilind ca limită pentru manifestările culturale – respectul pentru demnitatea individului.

Debutul preocupărilor pentru drepturile femeii s-a produs în 1996 la cea de-a 19-a Sesiune a Comisiei Africane – moment în care s-a decis numirea unui raportor special asupra drepturilor femeii în Africa. Decizia a fost susținută în cadrul celei de-a 23-a sesiuni a Organizației Unității Africane când a fost stabilit mandatul raportorului special asupra drepturilor femeii în Africa. Mandatul cuprinde, printre altele, activități de elaborare și aplicare a politicilor necesare pentru protecția și promovarea drepturilor femeii la nivel regional. O primă variantă a Protocolului de la Maputo a rezultat în urma conlucrării dintre Comisia Africană și alte două grupuri de lucru desemnate de Comisie iar rezultatul a constat într-un document supus scrutării în vederea adoptării finale⁴.

¹ F. Banda, *Women, Law And Human Rights. An African Perspective*, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2005, p. 67.

² Drafting Process of the Draft Protocol on the Rights of Women in Africa (Item 8(e)) DOC/OS/(XXVII)/159b at 1.

³ Adoptat de Uniunea Africană pe 11 iulie 2003 în cadrul celui de-al doilea Summit al Uniunii Africane desfășurat în Maputo, Mozambic și intrat în vigoare pe 25 noiembrie 2005 după ce a fost ratificat de 15 state africane. *Brevitatis causa* vom folosi pe parcursul lucrării noastre expresia *Protocolul de la Maputo* pentru a desemna *Protocolul Adițional la Carta Africană a Drepturilor Omului și Popoarelor cu privire la Drepturile Femeii în Africa*.

⁴ Pentru mai multe detalii a se consulta F. Banda, *op. cit.*, p. 68.

Adoptarea Protocolului de la Maputo s-a produs pe 11 iulie 2003 în cadrul celei de-a doua sesiuni ordinare desfășurate la Maputo în urma parcurgerii unui traseu sinuos de negocieri desfășurat pe perioada a 8 ani. În scopul urgentării procesului de redactare și adoptare a Protocolului de la Maputo, autoritățile africane au creat climatul favorabil dezvoltării activității organizațiilor non-guvernamentale active în materia drepturilor femeii. Organizații ca *Equality Now*, *FEMNET*, *ACDHRS*, *Akina Mama wa Afrika* și-au dezvoltat activitatea în cadrul coaliției pan-africane *Solidaritate pentru Drepturile Femeii Africane*¹ care a realizat eforturi substanțiale pentru obținerea ratificărilor necesare intrării în vigoare a Protocolului și pentru internalizarea prevederilor Protocolului în legislația statelor africane. Strategia adoptată de coaliția *Solidaritate pentru Drepturile Femeii Africane* stabilea o rețea comunicațională între grupurile de organizații non-guvernamentale și societatea civilă prin intermediul căreia erau diseminate informații legate de conținutul Protocolului și de beneficiile juridice aduse de intrarea sa în vigoare. În cadrul sesiunii asupra problemelor de gen organizată sub auspiciile Uniunii Africane la cea de-a treia sesiune ordinară a șefilor de state și de guverne, activitatea coaliției pan-africane a fost vizibilă, culminând cu adoptarea *Declarației Solemne asupra Egalității de Gen în Africa* – document prin intermediul căruia șefii de state și de guverne se angajau să ratifice Protocolul până la sfârșitul anului 2004. Coaliția pan-africană își continuă activitatea și în perioada ulterioară intrării în vigoare a Protocolului, urmărind îmbunătățirea procesului de internalizare a normelor Protocolului de la Maputo în legislația națională a statelor africane. Pentru orizontul de timp iulie 2013-iunie 2018, coaliția *Solidaritate pentru Drepturile Femeii Africane* a instituit o axă de obiective strategice desfășurată pe 5 paliere: (1) accelerarea ratificării Protocolului de către cel puțin 9 state precum Egipt, Algeria, Botswana, Burundi, Ciad, Etiopia, Sierra Leone, Sudanul de Sud, Tunisia; (2) implementarea prevederilor Protocolului de la Maputo în legislația internă a cel puțin 7 state dintre care menționăm exemplificativ: Burkina Faso, Coasta de Fildeș, Gambia, Kenya, Malawi, Mozambic, Senegal, Africa de Sud și Uganda; (3) implementarea mecanismelor Protocolului la nivel național și regional; (4) mobilizarea comunității naționale în eforturile sale de a disemina informații asupra utilizării Protocolului; (5) sporirea clarității conceptuale a prevederilor Protocolului².

III.2.2. Conținut³

Referindu-ne la drepturile cuprinse în conținutul Cartei Africane și în conținutul Protocolului de la Maputo, observăm o anumită similitudine. Este just să afirmăm că Protocolul reafirmă în conținutul său drepturi cuprinse în Carta Africană, adaptându-le pe acestea din urmă la problemele femeilor.

¹ R. Musa, F.J. Mohammed, F. Manji, *Breathing Life into The African Union Protocol on Women's Rights in Africa*, Part Two – *The Protocol Comes Into Force*, F.J. Mohamed, *African Union Protocol on the Rights of Women in Africa: The SOAWR Campaign* 2006, ISBN-10: 1-904855-66-0, pp. 15-16.

² Solidarity For African Women's Rights Coalition, *A Pan African Strategic Framework For The Fifth Phase Of The Campaign On African Union's Protocol To The African Charter On Human And People's Rights On The Rights Of Women In Africa*, 2013-2018, p. 5.

³ Pentru detalii suplimentare asupra raportului dintre reglementările juridice ale Protocolului Adițional și dreptul cutumiar african, a se consulta M.B. Berna, *Customary Law and Women's Rights Within the African System of Human Rights Protection*, articol publicat în *Logos Universality Mentality Education Novelty*, Volume IV, Issue 1, 2015, pp. 46-49; pentru detalii suplimentare cu privire la comparația dintre prevederile Cartei Africane și cele ale Protocolului Adițional, a se consulta M.B. Berna, *The cultural factor and women's rights within the African Charter on Human and Peoples' Rights and its Protocol*, Titu Maiorescu University Law Review, 2015, pp. 11-26.

Similitudinile reglementărilor conținute în cele două instrumente regionale pot fi argumentate prin următoarele exemple: art. 2 din Carta Africană reglementează *dreptul de a fi liber de discriminare* iar art. 2 din Protocolul de la Maputo stabilește *eliminarea discriminării împotriva femeilor*. Articolului 5 din Carta Africană – *interzicerea torturii și a tratamentelor crude, inumane sau degradante* îi corespunde art. 3 din Protocolul de la Maputo care reglementează *dreptul la demnitate*. Articolele 4 și 6 din Carta Africană în al căror conținut sunt regăsite *dreptul la viață și dreptul la libertate personală și la protecție împotriva arestării arbitrare* au ca omolog în Protocolul de la Maputo art. 4 care prevede *dreptul la viață, la integritatea și securitatea persoanei*. Articolul 3 din Carta Africană menționează *dreptul la egalitate în fața legii și la protecție egală în fața legii* și comportă similitudini cu art. 8 din Protocolul de la Maputo care stipulează *accesul la justiție și protecție egală în fața legii*.

În prezenta secțiune a lucrării noastre ne propunem să analizăm aspectele specifice problemelor segmentului feminin cuprinse în conținutul Protocolului precum *discriminarea femeilor, practicile culturale dăunătoare, aspecte privitoare la căsătorie, separare, divorț, anularea căsătoriei, educație și formare, sănătate și drepturi reproductive, dreptul la un context cultural pozitiv, dreptul la moștenire, drepturile femeii văduve*. Urmărim să întreprindem o analiză hermeneutică de natură să comentăm aspectele pur juridice și implicațiile culturale asupra acestora.

Carta Africană nu stipulează și nu explică în articolele sale *discriminarea împotriva femeilor* însă Protocolul de la Maputo acordă conceptului de *discriminare împotriva femeilor* o dublă reglementare. Astfel, în partea introductivă a Protocolului – art. 1 – Definiții, lit. f) este explicată *discriminarea împotriva femeilor* în următorii termeni: *orice distincție, excludere, restricție sau orice tratament diferențiat bazat pe sex ale cărui obiective sau efecte compromit sau distrug recunoașterea, beneficiul și exercitarea de către femei, indiferent de statutul lor marital, a drepturilor și libertăților fundamentale în toate sferele vieții*.

Definiția oferită de Protocolul de la Maputo se inspiră din textul Convenției ONU pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de Femei cuprins în Partea I, art. 1 conform căruia: *În termenii prezentei Convenții, expresia discriminare față de femei vizează orice diferențiere, excludere sau restricție bazată pe sex, care are drept efect sau scop să compromită ori să anihileze recunoașterea, beneficiul și exercitarea de către femei, indiferent de starea lor matrimonială, pe baza egalității dintre bărbat și femeie, a drepturilor omului și libertăților fundamentale, în domeniile politic, economic, social, cultural și civil sau în orice alt domeniu*.

Observăm că ambele definiții garantează o protecție extensivă în favoarea femeilor, de natură să asigure acestora exercițiul tuturor prerogativelor fundamentale. Totodată, ambele instrumente exclud *discriminarea femeilor* în funcție de statutul marital, anticipând prin această stipulație egalitatea între genuri în cadrul instituției căsătoriei. Articolul 2 alin. (1) din Protocolul de la Maputo impune obligația statelor părți la Protocol de a combate toate formele de discriminare împotriva femeilor prin apel la mijloace adecvate – de natură legislativă, instituțională sau de altă natură. Alineatul (2) al aceluiași articol abordează *cauza culturală* a discriminării femeilor, impunând de această dată în sarcina statelor obligația de *a modifica tiparele sociale și culturale de comportament ale femeilor și bărbaților prin educația publică, informare, strategii de educație și comunicare în scopul obținerii eliminării practicilor culturale și tradiționale dăunătoare precum și toate practicile bazate pe ideea inferiorității sau superiorității oricăruia dintre sexe sau pe rolurile stereotipe ale femeilor și bărbaților*.

Remarcăm din nou similitudinea prevederilor art. 2 alin. (2) din Protocol de la Maputo cu prevederile cuprinse în art. 5 lit. a) din Convenția onusiană pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de Femei, ambele reglementări acționând în scopul suprimării prevederilor culturale contrare drepturilor femeii. În acest scop, se urmărește modificarea percepțiilor mentale promovate pe filieră culturală care susțin inferioritatea femeilor.

Protocolul de la Maputo oferă schema-cadru de reglementare a drepturilor femeii prin luarea în considerare a particularităților regionale africane regăsite la nivelul factorului cultural, particularități care au determinat, de-a lungul istoriei, subordonarea segmentului feminin al populației. Integrarea aspectelor culturale care au cauzat discriminarea femeilor africane a permis introducerea, prin conținutul Protocolului de la Maputo, a unor prevederi inovatoare în materia drepturilor femeii.

În acest sens observăm că prin intermediul Protocolului sunt abordate, pentru prima dată în conținutul unui instrument de protecție a drepturilor omului de nivel regional, aspecte precum *practicile dăunătoare, drepturile sexuale și reproductive ale femeilor sau dreptul la avort*. Reglementarea noțiunii de *practici dăunătoare* constituie o noutate juridică absolută în cadrul sistemului african, noutate care a fost generată de importanța atașată factorului cultural de către conducătorii comunităților locale. Factorul cultural a fost utilizat ca instrument de opresiune împotriva femeilor iar starea de subordonare a populației feminine a fost menținută prin impunerea sistemului pluralismului legal în virtutea căruia dreptul cutumiar și dreptul statutar pot coexista la nivelul statului națiune. Partea introductivă [art. 1 – Definiții, lit. g)] a Protocolului de la Maputo clarifică ansamblul conceptelor utilizate în conținutul documentului, alocând un paragraf distinct noțiunii de *practici dăunătoare*: „*Practicile Dăunătoare*” semnifică orice comportament, atitudine și/sau practici care afectează în mod negativ drepturile fundamentale ale femeilor și fetelor precum dreptul la viață, la sănătate, demnitate, educație și la integritate fizică.

Reglementarea practicilor dăunătoare este reluată în art. 5 din Protocolul de la Maputo, fiind interzise și condamnate în alin. (1) orice practică dăunătoare care afectează negativ drepturile femeii cuprinse în standarde internaționale. Articolul 5 lit. d) asimilează practicile dăunătoare violenței împotriva femeilor iar lit. b) a aceleiași articol interzice *mutilarea genitală feminină* indicând faptul că statele sunt obligate să adopte măsuri legislative care să prevadă sancțiuni împotriva fenomenului. Articolul 5 prevede mijloacele de combatere a practicilor culturale contrare drepturilor femeii, menționând în literele a și c) obligația de a oferi informații asupra practicilor în cauză prin intermediul programelor de educație formală și informală și obligația de a furniza servicii de sănătate și de a oferi sprijin legal, emoțional, psihologic victimelor supuse mutilării genitale feminine.

Admiterea dreptului cutumiar ca drept paralel cu dreptul statutar a permis instaurarea unor norme distincte în sfera privată precum *căsătorie, divorț sau moștenire*. Practicile cutumiare stabileau reguli distincte de dreptul statutar care conduceau la o poziție subordonată pentru femei. Aceste aspecte au creat cadrul favorabil pentru instituirea la nivel regional a unor reguli privitoare la instituția căsătoriei, a separației, a divorțului menite să asigure realizarea principiului egalității între genuri.

Articolul 6 din Protocolul de la Maputo reglementează instituția căsătoriei, stabilind încă din preambul principiul egalității între bărbați și femei pe parcursul căsătoriei. Principiul egalității între genuri este garantat prin intermediul unor prevederi specifice: (1) impunerea consimțământului ambelor părți pentru celebrarea căsătoriei și stabilirea vârstei minime de 18 ani pentru celebrarea căsătoriei femeilor – astfel fiind preîntâmpinate cazurile de căsătorii forțate și căsătorii timpurii practicate pe cale cutumiară; (2) încurajarea căsătoriilor monogame și protejarea femeilor aflate în căsătorii poligame – această regulă urmărind să asigure o formulă maritală care să promoveze drepturile femeii în condițiile în care poligamia contribuie la reificarea și subordonarea femeilor; (3) stabilirea dreptului femeii căsătorite de a-și păstra numele de familie și naționalitatea și de a dobândi și administra bunuri în proprietate personală; (4) drepturi egale între femei și bărbați în privința ocrotirii intereselor copiilor lor.

Mutatis mutandis, art. 7 din Protocolul de la Maputo asigură egalitatea între bărbați și femei la desfacerea prin divorț a căsătoriei sau la anularea căsătoriei statuând la literele b), c) și d) drepturi egale în a solicita separarea, divorțul sau anularea căsătoriei, drepturi și responsa-

bilități egale în privința copiilor, drepturi egale în dobândirea unei părți echitabile din proprietatea comună obținută în timpul căsătoriei.

Articolul 12 din Protocolul de la Maputo referitor la dreptul la educație și formare conține prevederi care sunt în strânsă legătură cu dispozițiile art. 2 alin. (2) din același instrument juridic. Ne vom explica punctul de vedere precizând că educația este un instrument esențial în crearea tiparelor mentale și comportamentale aplicate relațiilor dintre genuri astfel încât promovarea egalității dintre genuri în materialele și programele educaționale va contribui la configurarea unor tipare mentale și comportamentale receptive la egalitatea dintre genuri. Mai clar, tiparele mentale și comportamentale care promovează stereotipurile de gen în virtutea culturii pot fi depășite prin programe educaționale receptive la standardul egalității. În scopul promovării egalității dintre genuri în domeniul educației, art. 12 alin. (2) din Protocol permite statelor părți să adopte *acțiuni pozitive în favoarea femeilor* pe trei direcții: (1) promovarea alfabetizării în rândul femeilor; (2) promovarea educației și formării femeilor la toate nivelurile și în toate disciplinele, în mod particular în domeniile științelor și tehnologiei; (3) promovarea înscrierii și menținerii fetelor în școli și în alte instituții de formare precum și organizarea de programe adresate femeilor care părăsesc prematur pregătirea școlară.

Articolul 14 reglementează *drepturile reproductive* alături de drepturile sexuale ca parte din dreptul la sănătate al femeilor africane. În temeiul acestei perspective legale, drepturile sexuale și reproductive nu pot fi negate femeilor conform argumentului cultural deoarece acestea se înscriu în categoria mai amplă a dreptului la sănătate – recunoscut și promovat de instrumentele juridice regionale și internaționale. Prerogative precum: dreptul la controlul propriei fertilități, dreptul de a decide asupra numărului de copii, dreptul de a opta pentru o anumită metodă contraceptivă, dreptul de a fi informat asupra propriei stări de sănătate și asupra stării de sănătate a partenerului în mod special în privința infectării cu HIV/SIDA, dreptul la planificare familială sunt conceptualizate ca prerogative care contribuie la garantarea dreptului la sănătate. Alin. (2) al art. 14 prezintă la lit. c) o dimensiunea aparte a drepturilor reproductive – respectiv *dreptul la avort* care poate fi exercitat în cazuri excepționale stabilite limitativ în textul Protocolului (*agresiune sexuală, viol, incest, pericolul reprezentat de sarcină pentru sănătatea fizică și mentală a mamei, punerea în pericol a vieții mamei sau a fătului*).

Apreciem că pentru efectivitatea reglementării menționate, este necesar să fie oferite explicații suplimentare cu privire la primele două ipoteze care permit comiterea avortului – *agresiunea sexuală și violul*. Articolul 1 – *Definiții* nu aduce clarificări privitoare la cele două noțiuni iar operativitatea aplicării dreptului la avort implică, din punctul nostru de vedere, o delimitare conceptuală clară între cele două aspecte. Mențiunile art. 14 au fost evaluate laudativ de literatura de specialitate. O opinie separată¹ argumentează că dispozițiile Protocolului de la Maputo care garantează drepturi sexuale și reproductive în favoarea femeilor africane sunt contrare culturii africane întrucât neagă rolul matern oferit în mod tradițional femeii în sfera privată.

Dreptul la un context cultural pozitiv presupune, conform art. 17 din Protocolul de la Maputo, implicarea femeilor în forumurile decizionale competente cu elaborarea politicilor culturale pentru ca politicile culturale rezultate să asigure un climat pozitiv pentru femei. Implicarea femeilor în formularea politicilor culturale africane exprimă o modalitate de eliberare a culturii africane de presiunile exercitate de clasa conducătoare preponderent masculină asupra segmentului feminin al populației.

Suntem de părere că pentru depășirea tiparelor de gândire patriarhală care au limitat drepturile femeii prin promovarea de practici culturale dăunătoare, este necesară implicarea femeilor în structurile decizionale regionale. Cele două alineate ale art. 17 constituie două

¹ Human Life International, *The Maputo Protocol. Clear and Present Danger*, Virginia, 2007, pp. 1-18.

ipoteze legale distincte menite să sprijine realizarea unui climat cultural pozitiv pentru femei iar acestea constau în: (1) adoptarea, de către statele părți, a tuturor măsurilor necesare pentru îmbunătățirea participării femeilor la toate nivelurile de formulare a politicilor culturale; (2) participarea efectivă a femeilor la toate nivelurile de formulare a politicilor culturale. Dreptul la un context cultural pozitiv este în strânsă conexiune cu prevederile art. 5 din Protocolul de la Maputo referitoare la eliminarea practicilor culturale dăunătoare femeilor. Articolul 17 din Protocol propune ca modalitate de depășire a practicilor culturale dăunătoare îmbunătățirea gradului de participare a femeilor în activitatea de formulare a politicilor publice în materie culturală.

Practicile culturale contrare drepturilor femeii s-au manifestat și asupra statutului femeilor văduve, acestea fiind supuse unor ritualuri de purificare contrare demnității umane. Luând în considerare aceste circumstanțe susținute de dreptul cutumiar, Protocolul de la Maputo a reglementat în dispozițiile sale (art. 20 și 21) drepturile femeilor văduve și dreptul la moștenire. Articolul 20 lit. a) stabilește *in expresis* prerogativa văduvelor de a fi libere de tratamente crude, inumane sau degradante – aspect legal care contribuie la atenuarea practicilor cutumiare dăunătoare. De asemenea, pentru a garanta dreptul femeii văduve de a menține legături cu copiii săi și în scopul preîntâmpinării practicii *moștenirii văduvei* (obligarea văduvei la căsătoria cu unul dintre membrii de gen masculin din familia soțului defunct), Protocolul de la Maputo stabilește în art. 20 lit. b) și c) dreptul femeii văduve de a dobândi în mod automat custodia legală asupra copiilor săi și de a se recăsători cu o persoană aleasă de ea.

Reglementarea cuprinsă în art. 21 are scopul de a proteja femeia văduvă care nu se supune practicii cutumiare a *moștenirii văduvei* prin recunoașterea dreptului femeii văduve de a moșteni o parte echitabilă din proprietatea soțului defunct și de a locui în casa matrimonială până la data recăsătoriei sale. Cu privire la acest ultim aspect, formularea legală nu este explicită, art. 21 alin. (1) menționând următoarele: (...) *văduva va avea dreptul de a continua să trăiască în casa matrimonială. În caz de recăsătorie, ea va reține acest drept doar dacă casa îi aparține sau a fost moștenită de aceasta.* Din interpretarea *per a contrario* a textului citat rezultă că văduva reține dreptul asupra locuinței matrimoniale după moartea soțului său până la recăsătorie sau ulterioară; dreptul asupra casei matrimoniale poate fi păstrat și după recăsătorie doar dacă imobilul îi aparține acesteia sau a fost moștenit de văduvă. Considerăm că această prevedere este inechitabilă, instaurând o poziție subordonată a femeii văduve – ea fiind obligată să părăsească locuința matrimonială în cazul recăsătoriei sale dacă locuința nu este în proprietatea sa. Posibila recăsătorie a văduvei nu este un motiv pentru părăsirea casei matrimoniale iar o atare prevedere este contrară dispoziției cuprinsă în art. 20 lit. c) din Protocol care permite văduvei să se recăsătorească. Pentru a limita incidența practicii cutumiare a *moștenirii văduvei* și a consecințelor negative atrase ca urmare a refuzului văduvei de a se supune acestei practici, prevederile art. 20 lit. c) trebuie să fie armonizate cu prevederile înscrise în art. 21 alin. (1) iar, în acest scop, este necesar să se recunoască dreptul văduvei de a rămâne în locuința matrimonială fără îndeplinirea altor condiții legate de posibila recăsătorie a acesteia.

III.3. Inițiative sub-regionale în materia egalității

III.3.1. Considerente generale ale adoptării instrumentelor sub-regionale

III.3.1.1. Rolul dreptului islamic în comunitatea africană

Sistemul de drept african se distinge prin cuprinderea cutumei în normele de drept și prin admiterea co-existenței dreptului cutumiar cu dreptul oficial (statutar). În contextul descris, dreptul islamic – ca ramură de drept de sine stătătoare – are un statut aparte întrucât nu poate

fi inclus *stricto sensu* în conținutul dreptului cutumiar și nici nu poate fi considerat parte integrantă a dreptului statutar.

În prezenta secțiune a lucrării noastre nu ne propunem să subliniem particularitățile pluralismului legal african și nici să subliniem caracterele dreptului cutumiar african – aceste aspecte fiind obiectul unei secțiuni distincte. Cu toate acestea, ne propunem să structurăm unele argumente care să justifice statutul specific al dreptului islamic în cadrul sistemului regional de protecție a drepturilor omului. Dreptul islamic nu poate fi încadrat în categoria dreptului cutumiar deoarece are caracter scris și, spre deosebire de dreptul cutumiar, conținutul dreptului islamic este prin excelență eterogen, fiind alcătuit din surse distincte (surse primare – Coranul și tradiția profetică și surse secundare – consensul, analogia, raționamentul independent și echitatea)¹. De asemenea, dreptul islamic nu este cuprins în dreptul statutar (oficial), primul promovând teocrația în timp ce dreptul african statutar promovează principiile statului de drept. În documentele emise sub egida dreptului african oficial la nivelul statelor africane sunt recunoscute instituții ale dreptului islamic precum *căsătoriile islamice*. În aceeași măsură, documentele juridice în acord cu dreptul statutar adoptate de statele națiune menționează că tribunalele islamice sunt abilitate să soluționeze litigiile care decurg din căsătoriile islamice.

Dreptul islamic deține o pondere importantă în definirea identității culturale a comunităților africane de religie musulmană, completându-se cu dreptul cutumiar. În comunitățile africane islamice dreptul islamic este recunoscut ca principala sursă normativă care reglementează conduita membrilor în societate. Regulile impuse de dreptul islamic derivă din sursele primare și secundare menționate anterior.

Scrierile doctrinare² recunosc ca surse primare ale dreptului islamic Coranul și Sunna (denumită și tradiția profetică sau instrumentele de interpretare și aplicare ale Coranului). Din punct de vedere conceptual, Coranul își structurează învățăturile în jurul conceptului *tawhid* – care exprimă monoteismul și mărturisirea de credință conform căreia Allah este singurul Dumnezeu și Muhammad este Profetul Lui. Preceptele Coranului îmbracă forma a 5 categorii de texte: (1) *texte explicate (naas)*; (2) *texte cu o semnificație aparentă care derivă, la rândul lor, din alte texte generale și nespecifice (dhahir)*; (3) *texte dalil – desemnând o interpretare divergentă față de semnificația inițială a textului*; (4) *texte implicite – purtătoare a unor sensuri adiționale care coincid cu semnificația lor evidentă (mafhum)*; (5) *texte expozitive care subliniază motivele unei anumite judecăți (tanbih)*³. Coranul este sursa primă a dreptului islamic a cărei origine și devenire este de inspirație divină neputând fi supusă alterării sau intervenției oamenilor. Dispozițiile Coranului nu echivalează unor norme pur legale ci mai degrabă acestea pot fi interpretate în sensul unor comandamente etice care modelează conduita indivizilor în societate. Sunna – cea de-a doua sursă primă a dreptului islamic este alcătuită din *tradițiile Profetului Muhammad* grupate în rapoarte specifice numite *Hadith*; conținutul rapoartelor *Hadith* cuprinde două părți care asigură logica tradițiilor profetice: *isnad* – partea care stabilește conexiunea dintre tradiții și *matn* – partea corespunzătoare acțiunilor și spuselor care alcătuiesc tradiția profetică⁴.

Tradițiile profetice echivalează cu practicile cutumiare promovate de dreptul cutumiar la nivelul sistemului african regional. Diferența dintre cele două categorii de practici constă în

¹ J. Rehman, A. Ahmedov, S. Mansoor (ed.), *Sources of Islamic Law. Teaching Manual*, The Higher Education Academy, UK Center For Legal Education, 2011, p. 3.

² Z.M. Hosseini, *The Construction of Gender in Islamic Legal Thought And Strategies For Reform*, London, 2003, paper presented at the Islam Regional Workshop, 'Islamic Family Law and Justice for Muslim Women', 8–10 June 2001, Kuala Lumpur, Malaysia, pp. 1–28.

³ J. Rehman, A. Ahmedov, S. Mansoor (ed.), *op. cit.*, p. 18.

⁴ *Ibidem*.

sursa de legitimitate: practicile Profetice sunt validate prin revelația divină în timp ce practicile aparținând dreptului cutumiar african își au sorginea în acceptul comunității. În mod similar cu dispozițiile Coranului, dispozițiile Sunnei nu dețin, în totalitatea lor, caracter legal. Conținutul tradițiilor profetice este scindat în două secțiuni distincte corespunzătoare celor două categorii Sunna: Sunna legală – ansamblul tradițiilor profetice care reglementează conduita indivizilor în societate acționând ca norme legale și Sunna non-legală – cuprinzătoare a unui ansamblu de reguli menite să reglementeze aspecte legate de vestimentație, de îmbrăcăminte, de rugăciune etc.¹

Ijma – sursa secundară a dreptului islamic tradusă prin *consens* derivă din Sunna, comunitatea musulmană pornind de la premisa conform căreia *consensul în comunitatea islamică nu poate fi întemeiat pe eroare*. *Ijma* se alătură celorlalte surse ale dreptului islamic prin caracterul său hibrid cuprinzând aspecte non-legale (consensul tuturor musulmanilor asupra problemelor de drept) și aspecte legale (consensul juriștilor musulmani asupra problemelor de drept). *Qiyas* – aplicarea dreptului prin analogie se înscrie alături de *ijma* în cadrul surselor secundare ale dreptului islamic iar utilizarea sa este limitată de îndeplinirea cumulativă a următoarelor reguli: (1) *qiyas* devine incidentă doar în măsura în care soluția la o anumită problemă nu este evidentă prin raportare la *Coran* sau *Hadith*; (2) *qiyas* nu poate fi contrară principiilor islamice și nici conținutului Coranului sau tradițiilor Profetului; (3) *qiyas* trebuie să se întemeieze în mod strict pe preceptele promovate de *Coran*, *Hadith* sau *Ijma*. Sursele secundare de drept islamic sunt întregite prin *ijtihad* – raționamentul legal independent utilizat în scopul conturării unei opinii relevante asupra unei probleme de drept; conținutul său este pur juridic².

Dreptul islamic concretizat în Sharia reprezintă, la nivelul continentului african, o inițiativă juridică sub-regională, fiind aplicat în paralel cu dreptul cutumiar și dreptul statutar în probleme care țin de aspecte familiale. Am utilizat expresia *inițiativă juridică sub-regională* întrucât dreptul islamic nu reprezintă o specificitate intrinsecă a sistemului african – aptă să surprindă specificul identității regionale *lato sensu*. Dreptul islamic este deopotrivă aplicabil în cadrul sistemului asiatic de drept de către statele musulmane. Cu toate acestea am ales să abordăm aspectele aferente protecției juridice a drepturilor omului promovate prin *Declarația de la Cairo* și *Carta Arabă a Drepturilor Omului* în cadrul sistemului african de drept pe considerente referitoare la coordonatele geografice aferente procesului de adoptare a celor două instrumente menționate, statul Egipt asumând în acest sens un rol esențial.

III.3.1.2. Raporturile de gen în dreptul islamic

Prezenta secțiune a lucrării noastre constituie un *demers exemplificativ* care nu reclamă exhaustivitatea și nici plurivalența. Demersul exemplificativ urmărit a fi întreprins în rândurile subsecvente are ca obiectiv stabilirea cadrului general de analiză a *drepturilor femeii* și a modului în care acestea sunt reglementate prin normele dreptului islamic.

Opinia doctrinară³ dominantă în conceptualizarea raporturilor de gen în cadrul dreptului islamic rezidă în stabilirea unei poziții inferioare femeilor în temeiul revelației divine și în mod *a priori*. Jurisprudența islamică (*fiqh*) neagă femeii identitatea socială, atribuindu-i în mod exclusiv o identitate sexuală – menită să servească îndeplinirii rolului feminin ancestral – de mamă și soție. Instituția căsătoriei islamice (*nikah*) constituie, în sine, o formă de evaluare și restrângere a abilităților feminine la sfera privată. Jurisprudența islamică asociază contractul

¹ *Ibidem*.

² J. Rehman, A. Ahmedov, S. Mansoor (ed.), *op. cit.*, pp. 28, 32, 33.

³ Z.M. Hosseini, *op. cit.*, pp. 3-5.

de căsătorie cu cel de vânzare (*bay*) iar obiectul contractului de căsătorie constă în obținerea de către soț a autorității asupra soției în urma achitării *mahr* – prețul pe care soțul trebuie să îl plătească pentru celebrarea căsătoriei¹. Prin esența sa, instituția căsătoriei este apreciată de literatura *fiqh* precum stabilirea unui raport de forțe între genuri în care femeia este pre-determinată prin funcțiile sale biologice la rolul de mamă și soție în timp ce bărbatul beneficiază de autoritate (*isma*) asupra soției, cumpărând, prin căsătorie, dreptul asupra capacităților sexuale și reproductive ale soției. *Isma* – la rândul său, nu beneficiază de o vocație unilaterală, stabilind drepturi și obligații pentru ambii soți. Există *tamkin* – dreptul de acces neîngrădit al soțului la capacitățile sexuale și reproductive ale femeii – fapt care presupune o obligație din partea femeii și un drept al soțului. Pe de altă parte, există *nafaqa* – dreptul soției de a fi întreținută din punct de vedere material – aspect care creează o obligație pentru soț și un drept al femeii. Descrierea căsătoriei musulmane în termenii subordonării părții feminine este recunoscută, în mod implicit, inclusiv în cadrul literaturii de specialitate² islamică. Astfel, este unanim admisă ideea conform căreia căsătoria islamică este o formă de achiziționare a calităților fizice și psihice feminine de către soțul care își îndeplinește în acest mod misiunea de a domina partea feminină a contractului de căsătorie. Rolul divin acordat femeii (de mamă și soție) nu poate fi obținut în afara mediului familial astfel încât soțul acționează în mod cvasi-providențial, salvând femeia de la neîndeplinirea obligațiilor sale morale. Datorită trăsăturilor biologice diferite, femeile și bărbații se raportează diferit la instituția căsătoriei islamice: femeile își doresc statutul marital pentru supraviețuirea în acord cu standardele impuse de comunitatea religioasă în timp ce bărbații urmăresc statutul marital pentru îndrumarea femeilor către îndeplinirea atribuțiilor trasate de divinitate.

În acest punct al discuției, poate fi obținută o altă interpretare a *isma*: în raporturile maritale, autoritatea soțului asupra soției este concretizată în obligația soțului de a acorda sprijin și îndrumare soției. În mod corelativ, soția este ținută de obligația de obediență. În cadrul căsătoriei islamice, autoritatea bărbatului asupra femeii este explicată de școlile jurisprudențiale islamice ca naturală, dat fiind faptul că în corelație cu *dorința sexuală acordată de divinitate femeii*, aceasta din urmă a primit și *haya* (*dorința de modestie și smerenie*) în timp ce bărbatul a fost înzestrat cu *ghira* (*dorința de posesiune și control asupra femeii*)³.

Jurisprudența islamică (*fiqh*) recunoaște dreptul femeii la întreținere (*nafaqa*) însă nu și în ipoteza în care aceasta comite acte de rebeliune (*nushuz*) împotriva soțului, trecând peste autoritatea sa. Autoritatea soțului este manifestă în situația obținerii divorțului, acesta având în favoarea sa instituția *talaq*-ului constând în repudierea unilaterală (*iqā*) a soției. În revers, pentru inițierea și obținerea divorțului, soția nu beneficiază de o instituție juridică islamică precum *talaq*, ea fiind nevoită să recurgă la *khul*. Pentru a avea eficiență *khul* trebuie să fie însoțită de plata unei compensații în favoarea soțului (*awad*). Impunerea unilaterală a autorității soțului asupra soției este vizibilă *mutatis mutandis* și în practicarea căsătoriilor poligame, soțul fiind liber să se recăsătorească până la a patra oară și să contracteze concomitent și alte căsătorii pe durată determinată *independent de acordul soției*⁴.

Discriminarea evidentă la care este supus segmentul feminin al populației în cadrul relațiilor de familie aferente dreptului islamic își găsește justificarea în promovarea *fiqh* pe linie patriarhală, femeile fiind excluse din procesul de stabilire și interpretare a regulilor religioase. Deși doctrina islamică recunoaște egalitatea femeilor și bărbaților în fața divinității,

¹ A.M. Motahari, *Woman and Her Rights in Islam*, a translation of Nizam-e Hoquq-e Zan dar Islam, Published by the Islamic Seminar Publications, Iran Chamber Society, pp. 56-63.

² A.M. Motahari, *Woman and Her Rights in Islam*, a translation of Nizam-e Hoquq-e Zan dar Islam, Published by the Islamic Seminar Publications, Iran Chamber Society, pp. 56-63.

³ *Ibidem*.

⁴ Pentru mai multe detalii a se consulta L. Welchman, *Women and Muslim Family Laws in Arab States. A Comparative Overview of Textual Development and Advocacy*, Amsterdam University Press, 2007, pp. 107-131.

jurisprudența islamică stabilește un statut diferit pentru cele două genuri în virtutea deosebirilor biologice. Egalitatea decurge din ideea conform căreia ambele genuri sunt creații ale lui Allah însă, în plan concret, statutul asumat de femei și cel alocat bărbaților este diferit. În mod similar este formulată problema egalității și în ipoteza drepturilor și obligațiilor fiecăruia dintre genuri. Statutul subordonat al populației feminine datează din perioada pre-islamică și este justificat prin aceea că la epoca faptelor, conflictele în care erau implicate teritoriile islamice alocau o poziție centrală bărbatului – aceea de luptător, în timp ce femeia avea rolul pasiv de non-combatant. Reconfigurarea figurii feminine a fost inițiată în perioada islamică însă *interpretările stabilite pe cale jurisprudențială de către juriștii musulmani* au constituit un factor de menținere a prejudecăților asupra femeilor și, implicit, un factor de menținere a statutului de inferioritate acordat femeilor¹.

III.3.2. Declarația de la Cairo asupra Drepturilor Omului

Adoptată în 1990 în cadrul întâlnirii de la Cairo a statelor membre ale Organizației Conferinței Islamice, Declarația de la Cairo² avansează o perspectivă distinctă asupra drepturilor omului derivată din dreptul islamic (*Sharia*). *Ab origine* Declarația s-a dorit a fi o replică juridică la nivel sub-regional la conținutul Declarației Universale a Drepturilor Omului – document dezvoltat conform ideologiei vestice³. Declarația de la Cairo reprezintă documentul care urmărea să depășească limita identificată de doctrinarii occidentali la nivelul continentului african – respectiv *deficitul de drepturi ale omului*. În mod similar, Carta Africană a Drepturilor Omului și Popoarelor a avut ca obiectiv *definirea conceptului drepturilor omului într-o manieră particulară, prin integrarea elementelor de cultură și tradiție*.

Pe de altă parte, Declarația de la Cairo – ca inițiativă sub-regională – urmărea reconfigurarea *conceptului de drepturi ale omului în conformitate cu preceptele islamice religioase* oferind o nouă dimensiune în materie. Carta Africană a Drepturilor Omului și Popoarelor include în partea preambulară referințe la factorul cultural, menite să sublinieze importanța pe care acesta o are în procesul indigen de conceptualizare a drepturilor omului. În cazul Declarației de la Cairo, perspectiva religioasă este dominantă, *Sharia* fiind singura sursă a drepturilor omului. Mai mult, *Sharia* este desemnată în mod expres ca limită a unor drepturi fundamentale menționate în Declarație.

Partea preambulară (penultimul paragraf) a Declarației de la Cairo afirmă că drepturile omului decurg din legea islamică a *Shariei*, ele fiind absolute și imutabile grație descendenței lor divine: *Crezând că drepturile și libertățile fundamentale sunt parte integrantă din religia islamică și că, de principiu, nimeni nu va avea dreptul să le desființeze în tot sau în parte, să le violeze sau să le ignore atât timp cât acestea sunt obligatorii prin porunca divină fiind conținute în Cărțile Revelate de Allah care au fost ulterior transmise Profeților Săi pentru a completa mesajul său divin. Salvarea drepturilor și libertăților fundamentale este un act de venerație religioasă în timp ce neglijarea și violarea lor este un păcat abominabil iar salvagardarea drepturilor și libertăților fundamentale reprezintă o responsabilitate individuală a fiecărei*

¹ Pentru mai multe detalii a se consulta E. Moosa, *The Dilemma Of Islamic Rights Schemes, Worlds and Knowledges Otherwise*, 2004, pp. 5-14.

² Cairo Declaration on Human Rights in Islam (5 August 1990) UN GAOR, World Conference on Human Rights, 4th Session, Agenda Item 5 (1993) UN Doc A/CONF.157/PC/62/Add.18 (English translation); *brevitatis causa*, pe parcursul lucrării noastre vom utiliza expresia *Declarația de la Cairo* sau *Declarația pentru a desemna Declarația de la Cairo asupra Drepturilor Omului*.

³ Relația dintre dreptul islamic și Declarația Universală a Drepturilor Omului a fost studiată de E. Moosa, *op. cit.*, pp. 8-12; International Center for Inquiry, *Islam and Human Rights Defending Universality at the United Nations*, 2008, pp. 4-23.

persoane și o responsabilitate colectivă (...). Partea finală a paragrafului citat anterior amintește de logica promovată de Carta Africană a Drepturilor Omului și Popoarelor care stabilea o legătură inerentă între drepturi și obligații, aservind individul față de stat și față de comunitatea de apartenență. În cazul Declarației de la Cairo drepturile și obligațiile privesc modul de realizare a drepturilor omului prin raportare la preceptele religiei islamice. Cu alte cuvinte, există posibilitatea ca individul și comunitatea să se bucure de drepturile oferite prin revelația divină însă, în același timp, individul și comunitatea de apartenență sunt ținuti de obligația de a asigura promovarea și respectul drepturilor omului astfel încât acestea să nu fie înfrânte parțial sau total.

În altă ordine de idei, Declarația de la Cairo impune o *logică a simetriei* între instituirea și limitarea drepturilor omului: ele au fost instituite pe cale divină, prin legea Sharia de inspirație religioasă și, în consecință, drepturile omului pot fi limitate doar prin aceeași lege divină care le-a instituit, alte circumstanțe nefiind permise. *Exempli gratia*, art. 2 lit. a) și d) din Declarație stabilesc limitele privitoare la *dreptul la viață* și *dreptul la protecția integrității corporale*: (1) art. 2 lit. a): *viața este un dar de la Dumnezeu iar dreptul la viață este garantat fiecărei ființe umane. Este îndatorirea indivizilor, societăților și statelor de a salva acest drept de la orice violare și este interzisă luarea vieții exceptând motivele prescrise de Sharia.* (2) art. 2 lit. d): *protecția integrității corporale este un drept garantat. Este îndatorirea statului de a proteja acest drept și este interzisă încălcarea sa fără să existe un motiv prescris de Sharia.* În mod similar, prevederile Shariei sunt utilizate pentru a limita: dreptul la libertate de mișcare și la azil [art. 12 – *Fiecare om va avea dreptul, în cadrul stabilit de Sharia, la libertatea de mișcare și dreptul de a-și alege reședința în țară sau în afara țării de origine iar, în cazul în care este persecutat, el are dreptul la a căuta azil într-o altă țară. Țara de refugiu va fi obligată să îi asigure protecție solicitantului de azil până în momentul în care siguranța sa va fi obținută cu excepția situației în care azilul este motivat de comiterea unui act prevăzut în Sharia ca o crimă*], dreptul la proprietate intelectuală [art. 16 teza a II-a, (...) *fiecare individ va avea dreptul la protecția intereselor morale și materiale rezultate din creația științifică, literară, artistică sau tehnică atât timp cât acesta nu este contrar principiilor Shariei*], dreptul la liberă exprimare [art. 22 lit. a): *Fiecare individ va avea dreptul la exprimarea opiniei sale în mod liber atât timp cât acest aspect nu contravine principiilor Shariei*].

Spre deosebire de Carta Africană a Drepturilor Omului și Popoarelor, Declarația de la Cairo instituie *in expressis* o limită religioasă *stricto sensu* și culturală *lato sensu* în materia drepturilor omului. În acest sens, art. 24 din Declarația de la Cairo stipulează că *toate drepturile și libertățile din Declarație sunt supuse Shariei Islamice*.

Carta Africană a Drepturilor Omului aduce în prim plan cultura africană ca element definitoriu al identității africane însă nu impune aspectul cultural ca limită a drepturilor omului. Protocolul de la Maputo instituie prevederi referitoare la înlăturarea practicilor dăunătoare drepturilor femeilor, adoptând o poziție legală superioară prin comparație cu cea menționată în Carta Africană.

În domeniul garantării *egalității* Declarația de la Cairo cuprinde unele dispoziții care, din punctul nostru de vedere, sunt deficitare în claritate. Articolul 1 reglementează o teorie asupra egalității în termeni neclari care conduc la anumite inconsecvențe în planul concret. Articolul 1 lit. a) adoptă o formulare diferită în cazul celor două teze legale, apărând astfel dubii asupra subiecților egalității. Conform primei teze legale – *toate ființele umane formează o singură familie ai cărei membrii sunt uniți prin subordonarea lor față de Allah și prin descendența lor din Adam*. În cazul menționat, intenția redactorilor Declarației este clară, fiind avute în vedere toate ființele umane, indiferent de gen. Cea de-a doua teză legală aduce unele dificultăți derivate din formularea (*all men*) aleasă pentru a desemna subiectele la care se referă. Expresia englezească *all men* comportă două posibilități de traducere – *toți bărbații* sau *toți indivizii* – ultima având caracter neutru. Considerăm nepotrivită traducerea *toți bărbații* având în vedere că teza a doua

a art. 1 interzice discriminarea în funcție de sex astfel încât exprimarea *toți bărbații* ar fi illogică. În același timp, traducerea *toți indivizii* este nepotrivită întrucât redactorii ar fi putut apela la formularea englezească *all human beings* al cărei caracter neutru este evident, fiind utilizată în prima teză a art. 1. Considerăm că dacă redactorii Declarației ar fi urmărit să adopte în cadrul celei de-a doua teze aceeași abordare neutră ca cea promovată în cadrul primei teze, ar fi apelat la formularea neutră *all human beings* și nu la formularea *all men*. Pentru a avea o perspectivă cuprinzătoare asupra reglementării stabilite în art. 1 lit. a) teza a II-a, vom prezenta traducerea care asigură logica intrinsecă a prevederii legale: *toți indivizii sunt egali în termeni de demnitate umană primară precum și în drepturi și obligații, fără discriminare bazată pe rasă, culoare, limbă, credință, sex, religie, afiliere politică, statut social sau alte considerente*.

Este demn de remarcat că cea de-a doua teză a art. 1 lit. a) utilizează *demnitatea umană* ca referențial în stabilirea egalității, fără a arăta în mod limpede care este accepțiunea pe care religia islamică o acordă conceptului *demnității umane*. Singura mențiune asupra subiectului este oferită de teza a III-a a art. 1 lit. a), potrivit căreia, *religia adevărată este garanția consolidării unei atare demnități în paralel cu integritatea umană*. Dimensiunea religioasă a demnității umane și, în mod implicit, a egalității oamenilor, este subliniată în textul art. 1 lit. b) care interzice recunoașterea superiorității unei persoane asupra alteia *exceptând superioritatea determinată de pietate și fapte bune*. Apreciem că accepțiunea religioasă asupra demnității umane impune, în rândul oamenilor, o *egalitate prin origine* deoarece fiind creați de Allah, există credința conform căreia toți indivizii sunt egali, beneficiind de o natură divină. Pe de altă parte, starea de inegalitate între oameni se poate manifesta în ipoteza în care există o exploatare inegală a originii lor divine astfel încât prin comportamentul adoptat unii indivizi se apropie mai mult de împlinirea originii lor divine în comparație cu alții, dobândind astfel superioritate asupra acestora.

Articolul 6 din Declarație abordează direct *egalitatea între bărbați și femei*, statuând la litera a următoarele: *femeia este egală cu bărbatul în demnitate umană și are propriile sale drepturi de care să se bucure și propriile sale îndatoriri pe care trebuie să le realizeze, beneficiind de propria putere civilă și de independență financiară, de dreptul de a-și păstra numele și seminția*. Din punctul nostru de vedere, reglementarea art. 6 este o *tentativă* de garantare a egalității între genuri, fără efecte juridice vizibile. Prima noastră critică este adresată *stabilirii demnității ca referențial în evaluarea egalității între genuri*. Ca și în articolul precedent analizat, art. 6 face imposibilă surprinderea unei definiții a egalității între genuri sau a non-discriminării prin faptul că stabilește ca element de referință *demnitatea umană* fără a explica acest concept. În consecință, prevederea egalității cuprinsă în art. 6 nu poate avea eficacitate juridică, fiind imposibil de transpus în practică. *Egalitatea în demnitate* reprezintă un principiu dificil de transpus în practică în lipsa indicării unui cuantificator concret. Considerăm că expresia *egalitate în drepturi* ar fi desemnat în mod clar starea de echilibru între genuri, însă această propunere este invalidată de stipulația expresă cuprinsă în textul art. 6 potrivit căreia *femeile dețin propriile drepturi și obligații* ceea ce implică o *diferență de statut între genuri*. Cea de-a doua critică se referă la inconsecvența reglementărilor cuprinse în art. 6 lit. a) și lit. b). În primul caz este declarată egalitatea dintre bărbați și femei la care se adaugă recunoașterea independenței financiare a femeii în timp ce, în cea de-a doua ipoteză legală, este menționat că *bărbatul este responsabil pentru întreținerea și bunăstarea familiei*. Suntem de părere că independența financiară a femeii și promovarea raporturilor parteneriale între bărbați și femei contribuie la suprimarea sau reformularea reglementării cuprinsă în art. 6, lit. b) întrucât aceasta din urmă promovează în mod implicit subordonarea femeilor.

Articolul 7 lit. a) teza a II-a din Declarația de la Cairo afirmă un aspect de interes în materia egalității între femei și bărbați: *atât fătul cât și mama trebuie să fie ocrotiți și să le fie acordată grijă specială*. Dispoziția citată interzice, în mod implicit, avortul și dreptul femeii de a alege.

Dreptul islamic acordă fătului prerogativele unei persoane punându-l în relație de egalitate cu femeia care are rolul de mamă. Prin această dispoziție, Declarația de la Cairo se diferențiază de Protocolul de la Maputo care promovează drepturile sexuale și reproductive ca parte integrantă a sănătății feminine și permite avortul în situații de excepție. Formularea utilizată de art. 7 lit. a) teza a II-a din Declarație este generală, fără circumstanțieri, stabilind, în toate cazurile, acordarea, în favoarea fătului, a unei protecții egale cu cea acordată femeii.

III.3.3. Carta Arabă a Drepturilor Omului

Prin comparație cu Declarația de la Cairo asupra Drepturilor Omului, Carta Arabă a Drepturilor Omului¹ se remarcă printr-un grad mai ridicat de claritate și sistematizare. Apropierea Cartei Arabe a Drepturilor Omului de conceptualizarea occidentală a *drepturilor omului* și de prevederile în materie adoptate de statele occidentale este evidențiată prin dispoziția din preambulul Cartei cuprinsă în penultimul paragraf, teza a II-a, în virtutea căreia *sunt reafirmate principiile cuprinse în Carta Națiunilor Unite, Declarația Universală a Drepturilor Omului și prevederile Pactului Internațional referitor la Drepturile Civile și Politice și ale Pactului Internațional privitor la Drepturile Economice, Sociale și Culturale.*

Perspectiva de ansamblu asupra Cartei Arabe a Drepturilor Omului nu este dominată de factorul religios iar drepturile reglementate nu sunt limitate *in expresis de dispozițiile Shariei*. În pofida acestei observații, partea preambulară a Cartei subliniază, în primele paragrafe, rolul esențial al credinței islamice în definirea *demonității umane* respectiv în diseminarea principiilor eterne ale *fraternității, egalității și toleranței* în rândul indivizilor. Partea preambulară fiind sediul de exprimare a filozofiei legale susținute în instrumentul juridic analizat, considerăm pertinente referințele din preambul referitoare la dogma islamică și la efectele sale în domeniul drepturilor omului.

Teoria egalității este avansată în Carta Arabă cu titlu principal prin prevederile art. 1 alin. (3), egalitatea fiind prezentată în textul dat precum un deziderat urmărit pentru generațiile viitoare: *Pregătirea noilor generații în statele arabe pentru o viață liberă și responsabilă în cadrul unei societăți civile caracterizată de solidaritate, (...) și guvernată de valorile egalității, toleranței și moderației.*

Articolul 3 al Cartei conține nucleul prevederilor în materia egalității, menționând, în cele trei paragrafe ale sale, *modul de realizare* a standardelor egalității și nediscriminării. Alin. (1) al art. 3 impune, în sarcina statelor părți la Carta Arabă, obligația generală de a asigura indivizilor aflați sub jurisdicția sa posibilitatea de a se bucura de drepturile și libertățile cuprinse în Cartă *fără discriminare bazată pe rasă, culoare, sex, limbă, credință religioasă, opinie, origine națională sau socială, avere, naștere sau dizabilitate fizică sau psihică*. Cel de-al doilea paragraf al art. 3 transformă *obligația generală* cuprinsă în primul paragraf (aceea de a *asigura tuturor indivizilor supuși jurisdicției sale posibilitatea de a se bucura de drepturile și libertățile precizate în Cartă în mod nediscriminatoriu*) într-o obligație cu un caracter particularizat, constând în *adoptarea tuturor măsurilor necesare pentru a garanta egalitatea efectivă în a beneficia de toate drepturile și libertățile cuprinse în prezenta Cartă*. Astfel este asigurată protecția împotriva tuturor formelor de discriminare bazate pe oricare dintre criteriile discriminatorii precizate în paragraful anterior.

Egalitatea între genuri este reglementată în art. 3 alin. (3) din Carta Arabă într-o manieră extinsă prin raportare la dispozițiile Declarației de la Cairo, fiind afirmată egalitatea între

¹ League of Arab States, Arab Charter on Human Rights, May 22, 2004, reprinted in 12 Int'l Hum. Rts. Rep. 893 (2005), entered into force March 15, 2008; *brevitatis causa*, vom folosi pe parcursul lucrării noastre expresia *Carta Arabă* pentru a desemna *Carta Arabă a Drepturilor Omului*.

bărbați și femei la nivelul a trei mari dimensiuni: *demnitate umană, drepturi și obligații*. În acest context, sunt stipulate și *acțiunile afirmative stabilite de legea islamică Sharia sau de alte legi divine și instrumente legale*. Referirile exprese la acțiunile afirmative în favoarea segmentului feminin denotă schimbarea produsă în cadrul statelor musulmane, a tiparelor mentale patriarhale care promovează subordonarea femeilor. Statuarea acțiunilor afirmative reprezintă atât recunoașterea discriminării sistematice la care au fost supuse femeile de-a lungul istoriei cât și identificarea nevoii de schimbare a subordonării feminine în spațiul islamic.

Implementarea acțiunilor afirmative/pozitive în conținutul art. 3 sugerează promovarea, prin intermediul Cartei Arabe, a teoriei moderne în materie de egalitate bazată pe concepția conform căreia acceptarea diferențelor dintre genuri și identificarea dreptului de a fi diferit reprezintă premisa obținerii egalității între genuri la nivel concret. Cu alte cuvinte, teoria modernă asupra egalității instrumentează acțiunile afirmative în favoarea segmentului feminin în scopul atingerii *egalității reale între genuri*. Ideile expuse anterior sunt susținute prin dispozițiile art. 3 alin. (3), teza a II-a care atestă obligația individuală, a fiecăruia dintre statele părți la Cartă, de a adopta măsurile necesare pentru obținerea egalității efective între bărbați și femei cu privire la beneficiul exercitării drepturilor și obligațiilor stabilite în acest document.

Modernismul lumii arabe în promovarea teoriei egalității își regăsește limitele în art. 4 din Carta Arabă a cărui formulare antagonică produce neclarități în privința *caracterului (non)derogabil al egalității și nediscriminării*. Antagonismul rezultă din prevederile alin. (1) și 2 ale art. 4. Primul alineat soluționează problema caracterului (non)derogabil al obligațiilor statelor semnatare ale Cartei în cazul excepțional al stării de urgență, stabilind că statele părți pot adopta măsuri derogatorii de la obligațiile cuprinse în Carta Arabă dacă sunt respectate două condiții: respectarea obligațiilor internaționale și a regulilor stabilite în materie de discriminare (fiind enumerate următoarele criterii discriminatorii – rasă, culoare, sex, limbă, religie, sau origine socială). Din interpretarea *per a contrario* a textului celui de-al doilea alineat rezultă că dreptul la nediscriminare nu este cuprins în lista drepturilor non-derogabile. În enumerarea legală (exhaustivă și nu exemplificativă) a drepturilor non-derogabile regăsite în cuprinsul Cartei, nu sunt incluse următoarele: art. 3 – sediul reglementării în materie de nediscriminare, art. 11 – referitor la egalitatea în fața legii și art. 12 – reglementând egalitatea în fața curților și tribunalelor, art. 33 – privitor la protecția familiei, a mamei și a copilului, art. 34 alin. (1) și 4 – stabilind nediscriminarea în muncă prin aplicarea, *inter alia*, a criteriului sex și egalitatea în pregătire, angajare, remunerare între bărbați și femei, art. 41 alin. (3) – reglementând egalitatea între genuri în materie educațională ș.a. Astfel, formulăm concluzia conform căreia deși Carta Arabă produce un progres notabil în domeniul egalității între bărbați și femei, prevederile sale nu soluționează fără echivoc problema caracterului (non) derogabil a dreptului la nediscriminare.

IV. Drepturile femeii în jurisprudența africană

○ IV.1. Cauza Bhe și alții împotriva magistraților¹

În materie succesorală, dreptul cutumiar impune principiul *primogeniturii masculine* ca regulă fundamentală în funcție de care se stabilește *titularul succesiunii*. În mod concret, dreptul cutumiar impune regula *indlalifa* – potrivit căreia moștenitorul universal al averii

¹ *Bhe and Others v The Magistrate, Khayelitsha and Others; Shibi v Sithole and Others Case; South African Human Rights Commission and Another v President of the Republic of South Africa* 2005 (1) SA 563 (CC); 2005 (1) BCLR 1 (CC); pentru detalii suplimentare a se consulta Department of Justice and Constitutional Development of the Republic of South Africa, *Women and the law in South Africa. Gender Equality Jurisprudence in Landmark, Court Decisions*, 2004, pp. 39-41.

defunctului nu poate fi altul decât primul succesor de gen masculin (fie descendent, fie rudă a defunctului). Cauza *Bhe și alții împotriva magistraților* analizează modul în care principiul primogeniturii masculine influențează sfera de protecție a drepturilor femeilor înăuntrul sistemului regional african. Din punct de vedere structural, speța menționată evocă trei ipoteze factuale diferite astfel încât, cauza *Bhe și alții* evocă, de fapt, trei spețe subsumate: (1) cauza *Bhe și alții împotriva Magistraților*; (2) cauza *Shibi împotriva Sithole*; (3) cauza *Comisia Sud Africană a Drepturilor Omului împotriva Președintelui Republicii Sud-Africane*.

Cu referire strictă la cauza *Bhe*, starea de fapt se prezintă astfel: ulterior morții soțului doamnei *Bhe*, judecătorii locali au desemnat ca moștenitor și administrator unic al averii decedatului pe tatăl acestuia din urmă, aplicând principiul dreptului cutumiar *indlalifa* (principiul primatului masculin). Tatăl defunctului, în calitate de unic moștenitor, intenționa să vândă proprietatea în care locuiau *Bhe* și fiicele sale pentru a acoperi cheltuielile legate de înmormântare, privându-le pe acestea de locuința familiei. Văduva *Bhe* – reprezentată în proces de Centrul Legal al Femeilor – a contestat temeiul de drept în baza căruia s-a pronunțat instanța locală (*Actul Administrării Populației Negre nr. 38 din 1927*) și a acționat în favoarea celor două fiice minore pe care le considera singurele moștenitoare ale averii lăsate de soțul defunct. Înalta Curte s-a pronunțat în favoarea pretențiilor invocate de *Bhe*, apreciind că prevederile invocate de judecătorii locali erau neconstituționale, iar cauza a fost direcționată către Curtea Constituțională Sud Africană pentru confirmare¹.

Problemele de drept prezentate în speță se referă în particular la *egalitatea între genuri* iar instrumentele legale supuse analizei sunt următoarele: (1) secțiunea 23 din *Actul Administrării Populației Negre nr. 38/1927*; (2) Secțiunea 1 (4) (b) din *Actul Succesiunilor Ab Intestat nr. 81/1978*; (3) Secțiunea 9 (3) din Constituția Africii de Sud; (5) Secțiunea 10 din Constituția Africii de Sud. Primele două instrumente legale din enumerarea noastră impuneau și mențineau regimul *segregării rasiale* din Africa de Sud cunoscută și sub denumirea de *apartheid*. Înalta Curte *Cape* a decis neconstituționalitatea prevederilor *Actului Administrării Populației Negre* și a *Actului Succesiunilor Ab Intestat* iar ulterior, conținutul prevederilor au fost supuse analizei Curții Constituționale Sud-Africane care s-a pronunțat în același mod. Inițial, Constituția Interimară a Africii de Sud din 1993 a răspuns dorinței poporului african de depășire a *apartheidului* și a tuturor formelor de inegalitate prin reglementarea de prerogative specifice. Majoritatea prevederilor Constituției Africii de Sud au fost preluate în textul actualei Constituții a Africii de Sud – intrată în vigoare pe 4 februarie 1997. Capitolul II din Constituția Africii de Sud, în forma sa actuală, reprezintă o veritabilă *cartă a drepturilor* ale cărei prevederi se aplică deopotrivă pentru toți indivizii (exceptând unele prerogative specifice precum dreptul la vot sau dreptul la muncă – aplicabile exclusiv cetățenilor). *Principiile egalității și nediscriminării* sunt reglementate în art. 9 din Constituție, fiind asigurată, pe această cale, interdicția discriminării în funcție de un ansamblu de criterii printre care două sunt relevante pentru analiza noastră (genul – criteriul cultural și sexul-criteriul biologic). Pronunțându-se în sensul neconstituționalității prevederilor celor două instrumente legale menționate, Curtea a stabilit un regim interimar care să guverneze moștenirile *ab intestat* cu privire la proprietățile deținute de populația de culoare până la adoptarea unor dispoziții statutare specializate. Se urmărea îndepărtarea propriu-zisă a regimului discriminatoriu avansat prin dispozițiile *Actului Administrării Populației Negre* și înlocuirea provizorie a acestora cu dispozițiile cuprinse în *Actul Administrării Proprietăților* și cu unele dispoziții în acord cu principiul egalității cuprinse în *Actul Succesiunilor Ab Intestat*. De asemenea, au fost introduse dispoziții speciale pentru a

¹ A. Spies, *Amicus Curiae Participation, Gender Equality And The South African Constitutional Court, a Thesis In fulfilment of the requirements for the degree Doctor Of Philosophy In the School of Law at the University of the Witwatersrand*, 2014, pp. 104-105.

tranșa problemele legate de moștenire în situația în care defunctul a fost implicat într-o căsătorie poligamă¹.

Curtea Constituțională Sud-Africană, în decizia pronunțată în cauza Bhe, a pus în relație prevederile secțiunii 23 din Actul Administrării Populației Negre cu fenomenul discriminării și, implicit, cu încălcarea prevederilor constituționale referitoare la egalitate și demnitate care sunt conținute în secțiunile 9 și 10 din Constituția Republicii Sud-Africane. În argumentația construită de Curtea Constituțională, aceasta din urmă observă că dreptul cutumiar (în aspectele privitoare la principiul primogeniturii) nu este compatibil cu prevederile constituționale întrucât acesta promovează discriminarea împotriva femeilor și a copiilor – distingând după cum cei din urmă sunt din căsătorie sau din afara căsătoriei. Aplicarea dreptului cutumiar în cauza Bhe a adus în discuție inclusiv probleme legate de *caracterul valabil al căsătoriei dintre reclamantă și defunct* dar și probleme legate de *calitatea de copii din căsătorie/din afara căsătoriei a celor două fiice ale reclamantei*. În acest sens, susținerile părților au fost diferite: tatăl defunctului susținea că fiul său nu a fost parte la o căsătorie validă potrivit normelor de drept cutumiar deoarece nu a fost efectuată *plata lobolo*, în timp ce reclamanta susținea validitatea căsătoriei cutumiare și calitatea de copii născuți în cadrul căsătoriei în privința celor două fiice ale sale. Finalmente, Curtea a tranșat aspectul luând în considerare caracterul valid al căsătoriei cutumiare și calitatea de copii din căsătorie a celor două fiice ale reclamantei.

Referitor la subiectul principal al speței – *compatibilitatea dintre norma dreptului cutumiar care impune principiul primogeniturii masculine și normele dreptului constituțional care asigură egalitatea (secțiunea 9 din Constituția Africii de Sud)*, Curtea Constituțională a stabilit că aplicarea principiului primogeniturii reprezintă o inconsecvență cu normele constituționale care garantează egalitatea însă, cu toate acestea, dreptul cutumiar nu poate fi totalmente desconsiderat prin raportare la dreptul statutar. În opinia Curții, excluderea femeilor de la moștenire constituie o diferențiere în funcție de criteriul genului – aspect incompatibil cu prevederile art. 9 alin. (3) din Constituția Africii de Sud care interzic discriminarea directă sau indirectă împotriva oricărei persoane în temeiul unuia dintre criteriile expres menționate (*rasă, gen, sex, sarcină, statut marital, origine etnică, origine socială, culoare, orientare sexuală, vârstă, dizabilitate, religie, conștiință, credință, cultură, limbă și naștere*). Argumentul principal expus de Curte se referă la discriminarea femeilor care rezultă din rațiuni culturale – mai concret, din menținerea schemelor comportamentale menite să subordoneze grupurile vulnerabile și din exacerbară noțiunilor vechi privitoare la patriarhat și dominația masculină. Curtea Constituțională Sud-Africană a reținut în majoritate că secțiunea 23 din *Actul Administrării Populației Negre* determină osificarea dreptului cutumiar oficial, antrenând discriminări împotriva femeilor și a grupurilor vulnerabile.

Curtea a observat că speța Bhe se referă, în mod implicit, la un sistem de drept paralel impus în materia moștenirii asupra populației negre prin comparație cu populația albă. De asemenea, a constatat că problemele aferente succesiunii sunt în strânsă legătură cu instituția proprietății, succesiunea fiind o formă specifică de dobândire a proprietății. Principiul primogeniturii masculine este contrar drepturilor femeii deoarece afectează egalitatea și demnitatea în exercițiul drepturilor omului în toate materiile, inclusiv în materia dreptului de proprietate. Curtea propune dezvoltarea de noi reguli de drept cutumiar african care să reflecte dreptul cutumiar evolutiv în scopul punerii în acord cu normele constituționale. În același timp, instanța sud-africană este conștientă că această propunere este inefficientă, deoarece regula dreptului cutumiar presupune o abordare generală, fiind un principiu de bază al dreptului cutumiar, nefiind posibilă o analiză și o interpretare diferită de la caz la caz.

¹ M.J. Maluleke, T. Madonsela, *Women and Law in South Africa. Gender Equality Jurisprudence in Landmark Court Decisions*, Department of Justice and Constitutional Development, South Africa, 2004, p. 41.

Într-o opinie separată, se propune adaptarea principiului primogeniturii la normele de drept constituțional astfel încât să se asigure deopotrivă femeilor și bărbaților acces la succesiune fără să existe discriminare de gen. Din punctul nostru de vedere, opinia separată se referă strict la criteriul genului, fără a lua în considerare eliminarea celorlalte criterii de discriminare precum *vârsta*. Promovarea criteriului primogeniturii în succesiune comportă, din punctul nostru de vedere, două limite distincte – ambele producând efecte discriminatorii: genul și vârsta. Într-adevăr, principiul primogeniturii masculine impune regula ca vocația succesorală să fie dobândită, în primul rând, de primul născut de gen masculin din familie. Interpretarea principiului primogeniturii masculine se face în sensul înlăturării restricției de gen astfel încât vocația succesorală să fie deținută de primul copil născut în familie (independent de gen) însă aceasta impune, în mod implicit, o restricție referitoare la vârstă. În acest caz, inegalitatea rezidă în diferențele realizate între primii născuți și ceilalți copii. Conform opiniei separate, cauza Bhe trebuie să fie soluționată prin luarea în considerare a mai multor aspecte decât cele referitoare la invalidarea dispozițiilor discriminatorii conținute în Actul Administrării Populației Negre și înlocuirea lor cu prevederi care să susțină egalitatea. În mod concret, opinia separată se referă la nevoia de armonizare a două sisteme de drept – dreptul cutumiar și dreptul statutar – într-o formă juridică performantă care să asigure respectarea ambelor categorii de norme.

Protecția drepturilor grupurilor vulnerabile este un subiect legal care nu poate fi despărțit de recunoașterea și dezvoltarea dreptului cutumiar – care conține și exprimă conștiința popoarelor africane. Suntem de acord cu acest punct de vedere. După cum am precizat în secțiunile anterioare ale lucrării noastre, dreptul cutumiar exprimă particularitățile spirituale ale popoarelor africane, dintre care prima particularitate constă în devotamentul individului pentru comunitate și pentru normele agreeate de aceasta. Suntem de părere că soluția optimă în promovarea drepturilor femeii în sistemul african de protecție a drepturilor constă în echilibrarea practicilor cutumiare cu un nivel consolidat de protecție a drepturilor omului. Susținem și în acest context *soluția progresivă* care să asigure treptat o consecvență între schimbarea legislativă și schimbarea tiparelor mentale la nivelul colectivităților.

În lumina celor prezentate în rândurile de mai sus, soluția pronunțată de Curtea Constituțională Sud-Africană în cauza Bhe avansează o perspectivă îmbunătățită asupra egalității, promovând egalitatea în raporturile dintre femeile de culoare și femeile albe, între femei și bărbați, între copiii din căsătorie și copiii din afara căsătoriei. Noua teorie a egalității produce efecte în principal în materie succesorală însă din punctul nostru de vedere, efectele sunt extinse inclusiv la aspectele conexe succesiunii precum proprietatea sau raporturile maritale. În legătură cu cel din urmă aspect, este demn de menționat că prin soluționarea cauzei Bhe Curtea asigură egalitate în statut juridic între femeile implicate în căsătorii poligame, fiecare dintre acestea beneficiind de o cotă egală din masa succesorală. *În contextul analizei noastre legată de modul în care normele culturale reprezentate de dreptul african influențează protecția juridică a drepturilor femeii, concluzia pronunțată în cauza Bhe este edificatoare întrucât aceasta subliniază imposibilitatea compatibilizării principiului cutumiar indlalifa (principiul primogeniturii) cu normele constituționale în materie de egalitate.* Concluzia pronunțată de Curte prezintă interes deoarece asigură preeminența normelor egalității în fața normelor de drept cutumiar. Suntem de părere că soluția propusă de Curte – aceea de a înlătura principiul primogeniturii de la aplicare – nu exprimă preferința pentru dreptul statutar în defavoarea dreptului cutumiar ci exprimă, mai degrabă, predilecția pentru protecția drepturilor omului în defavoarea practicilor cutumiare nedrepte.

○ IV.2. Cauza *Thembisile împotriva Thembisile*

Cauza *Thembisile împotriva Thembisile*¹ analizează subiectul căsătoriilor cutumiare și consecințele produse în plan social de caracterul poligam al acestora. În scopul reglementării căsătoriilor cutumiare, Africa de Sud a adoptat *Actul de Recunoaștere a Căsătoriilor Cutumiare*² care stabilește, *inter alia*, condițiile de validitate ale căsătoriilor cutumiare, cerințele referitoare la înregistrarea căsătoriilor cutumiare, statutul soților, efectele patrimoniale. În speța citată, situația de fapt se referă la două căsătorii subsecvente celebrate de soțul defunct, dintre care prima a fost celebrată conform normelor dreptului cutumiar iar cea de-a doua a fost perfectată conform normelor dreptului statutar. Prima văduvă a defunctului împreună cu primul copil născut din căsătoria cutumiară solicită instanței de judecată îngroparea defunctului în localitatea în care se afla locuința lor de familie în timpul vieții defunctului. Subsecvent, în speță intervine cea de-a doua văduvă (căsătorită cu defunctul conform regulilor de drept statutar) care solicită, la rândul său, instanței de judecată, îngroparea defunctului în localitatea în care se găsea locuința de familie a celor doi în timpul vieții defunctului. Din punct de vedere juridic, apreciem că speța citată aduce în discuție o serie de probleme precum: raportul dintre căsătoriile cutumiare și căsătoriile civile, statutul femeilor în cadrul căsătoriilor cutumiare, condițiile de validitate necesar a fi îndeplinite pentru celebrarea corectă a căsătoriilor cutumiare. În aceeași ordine de idei, considerăm că instanța (Înalta Curte din Pretoria) evaluează, în speța dată, inclusiv *relațiile de familie existente între soți în cursul căsătoriei cutumiare*.

Referitor la cea din urmă idee exprimată, este necesar să subliniem următorul aspect: *există două cereri care provin din partea a două văduve (dintre care prima a dobândit calitatea de soție a defunctului în urma căsătoriei cutumiare iar cea de-a doua a dobândit calitatea de soție în temeiul normelor dreptului statutar) care solicită înmormântarea defunctului în două locuri diferite. În fața acestor cereri, Curtea este ținută să se pronunțe atât asupra valabilității celor două căsătorii subsecvente cât și asupra caracterului legăturilor care existau între defunct și fiecare dintre cele două reclamante.*

O primă problemă juridică ridicată în cauză se referă la *lipsa caracterului valabil al căsătoriei cutumiare încheiată între defunct și prima soție*. Cea de-a doua văduvă a defunctului pretinde în fața Curții că prima reclamantă nu are calitatea de soție supraviețuitoare a defunctului deoarece căsătoria cutumiară care îi lega pe defunct și prima soție nu are caracter valabil, nefiind înregistrată conform prevederilor Actului de Recunoaștere a Căsătoriilor Cutumiare. Curtea a respins această alegație a văduvei din cea de-a doua căsătorie, în temeiul faptului că secțiunea a 4-a – *Înregistrarea căsătoriilor cutumiare*, alin. 9 menționează în mod expres că imposibilitatea de a înregistra căsătoriile cutumiare nu afectează validitatea acelei căsătorii. Analizând textul legal menționat anterior, două aspecte par antagonice: (1) pe de o parte, legiuitorul sud-african alocă o secțiune distinctă din Actul pentru Recunoașterea Căsătoriilor Cutumiare care să reglementeze *procedura de înregistrare a căsătoriilor cutumiare ca o îndatorire trecută în sarcina celor doi soți, fără ca să reglementeze sancțiunea cuvenită pentru nerespectarea obligației*; (2) pe de altă parte, căsătoria cutumiară este definită în partea introductivă a Actului pentru Recunoașterea Căsătoriilor Cutumiare precum *căsătoria încheiată în conformitate cu normele dreptului cutumiar iar dreptul cutumiar este definit, în lăuntrul aceleiași secțiuni în termenii ansamblului de obiceiuri și uzanțe tradiționale respectate de popoarele indigene din Africa de Sud care formează parte integrantă din cultura acelor popoare*.

¹ *Thembisile and Another v Thembisile and Another* 2002 (2) SA 209 (T). Pentru mai multe detalii a se consulta M.J. Maluleke, T. Madonsela, *op. cit.*, pp. 34-35.

² Adoptat pe 20 noiembrie 1998 și intrat în vigoare la 15 noiembrie 2000.

Condițiile de validitate referitoare la celebrarea căsătoriei cutumiare sunt precizate în Secțiunea a 3-a a Actului pentru Recunoașterea Căsătoriilor Cutumiare, iar dintre condițiile legale enumerate – vârsta minimă de 18 ani și consimțământul ambilor soți, respectarea normelor cutumiare aferente negocierii și celebrării căsătoriei cutumiare – ultima are caracter ambiguu deoarece norma de drept nu indică normele cutumiare care trebuie să fie respectate. Deși în privința acestui aspect există o lacună legală, considerăm că aceasta este firească deoarece, după cum am enunțat în secțiunile anterioare ale lucrării noastre, normele dreptului cutumiar sunt nescrise și dificil de codificat din cauza multitudinii și diversității uzanțelor care sunt specifice comunităților africane. Din punctul nostru de vedere, legiuitorul a introdus secțiunea a 4-a referitoare la înregistrarea căsătoriilor cutumiare pentru a pune la dispoziția justițiabililor instrumentul pertinent pentru realizarea scopului Actului Căsătoriilor Cutumiare: – formularea unui instrument/a unei proceduri legal(e) care să asigure recunoașterea pe cale oficială a căsătoriilor cutumiare, fără ca înregistrarea propriu-zisă să reprezinte o cerință *ad validitatem* a căsătoriilor de acest tip. Suntem de părere că cerința înregistrării căsătoriilor cutumiare reprezintă o condiție de formă, menită să asigure publicitatea și opozabilitatea căsătoriilor cutumiare față de justițiabilii care decid oficierea căsătoriilor conform dreptului statutar. Deci, înregistrarea este, în contextul căsătoriilor cutumiare, o procedură și nu o condiție de a cărei îndeplinire depinde în mod direct validitatea căsătoriei cutumiare și validitatea efectelor pe care aceasta le produce.

O altă problemă legală discutată în prezenta speță se referă la *raportul dintre căsătoriile cutumiare și căsătoriile statutare, respectiv la acordarea preeminenței căsătoriei statutare asupra căsătoriei cutumiare*. În privința acestei probleme, văduva din căsătoria statutară susținea desfacerea primei căsătorii a defunctului (căsătoria cutumiară) prin divorț și, în consecință, lipsa calității procesuale active a reclamantei văduve din căsătoria cutumiară. Văduva din căsătoria statutară a susținut că defunctul a desfăcut căsătoria pe care o avea cu prima soție prin divorț iar ulterior defunctul contractase o nouă căsătorie cu aceasta. Curtea a respins alegațiile văduvei din căsătoria statutară deoarece, în urma investigațiilor întreprinse s-a ajuns la concluzia potrivit căreia căsătoria cutumiară contractată de defunct este valabilă deoarece, pentru ca aceasta să fi fost desfăcută prin divorț în timpul vieții defunctului era necesar, potrivit dreptului cutumiar, să se reunească *adunarea înțelepților comunității* pentru a discuta o posibilă separare a soților. Întrucât nu existau evidențe în acest sens, Curtea a respins alegațiile și a recunoscut văduvei din căsătoria cutumiară calitatea procesuală activă și dreptul de a solicita înmormântarea defunctului în localitatea în care se găsește locuința de familie a acestora. În sinteză, evaluând comparativ căsătoria cutumiară și căsătoria statutară, Curtea a decis în favoarea căsătoriei cutumiare.

Din punctul nostru de vedere, relevanța speței rezidă în accentuarea rolului îndeplinit de căsătoriile cutumiare la nivel social – de a asigura continuitatea familială la nivel comunitar prin respectarea subsecventă a normelor cutumiare care exprimă conștiința și spiritualitatea poporului african. Astfel, dreptul cutumiar este calificat ca un veritabil sistem de drept autonom în cadrul sistemului african, acordându-i-se valoare juridică egală (din punctul de vedere al producerii de efecte juridice valide) cu dreptul statutar. Curtea a ajuns la concluzia conform căreia odată stabilită validitatea căsătoriei cutumiare (prima contractată de defunct), căsătoria subsecventă, înfăptuită conform normelor de drept civil nu poate fi apreciată ca valabilă. În acest context, Curtea a stabilit că fiind valabilă căsătoria cutumiară, soția supraviețuitoare și fiul rezultat din căsătorie sunt îndrituiți să aleagă locul în care va fi înmormântat defunctul.

○ IV.3. Cauza *Amond împotriva Fondului Multilateral de Despăgubire a Victimelor în Caz de Accidente Produse de Vehicule*¹

În sistemul african de protecție a drepturilor omului, Islamul exprimă un ansamblu de reguli religioase, etice și legale care normează conduita oamenilor. După cum am menționat în secțiunea referitoare la inițiativele legale sub-regionale adoptate în materia drepturilor omului la nivelul continentului african, dreptul islamic reprezintă un sistem agregat de norme – unele având caracter religios, altele având un caracter preponderent etic și moral iar altele având caracter legal. Aspectele legale ale dreptului islamic au fost sintetizate în documente legale specifice – Declarația Drepturilor Omului de la Cairo și Carta Arabă. Speța *Amond împotriva Fondului Multilateral de Despăgubire a Victimelor în Caz de Accidente Produse de Vehicule* aduce în discuție o căsătorie realizată conform normelor dreptului islamic și solicitarea formulată de soția supraviețuitoare de a primi despăgubiri conform dreptului comun pentru dauna morală și materială suferită în urma pierderii soțului – unicul întreținător al familiei. Faptele speței pot fi expuse astfel: doamna și domnul Amod s-au căsătorit potrivit normelor dreptului islamic, fiind părți la o căsătorie monogamă. În momentul decesului domnului Amod, soția supraviețuitoare s-a adresat instanței locale pentru acordarea de daune în temeiul dreptului comun potrivit *Actului cu privire la Fondul Multilateral de Despăgubire a Victimelor în Caz de Accidente Produse de Vehicule nr. 93 din 1983* însă cererea i-a fost respinsă. Ulterior, doamna Amod a formulat apel împotriva deciziei dată de prima instanță, solicitând despăgubiri.

Curtea Supremă de Apel a acordat câștig de cauză văduvei, argumentând că prima instanță a abordat eronat premisa esențială a cauzei constând în evaluarea validității căsătoriei islamice potrivit dreptului statutar. În cadrul judecății în primă instanță, pârâtul – Fondul Multilateral de Despăgubire a Victimelor în Caz de Accidente Produse de Vehicule – a susținut că nu există în sarcina sa obligația de a plăti despăgubiri soției supraviețuitoare a victimei având în vedere două premise: (1) soția supraviețuitoare și defunctul au fost căsătoriți potrivit dreptului islamic, fără a supune căsătoria lor condiției înregistrării – cerință solicitată de Actul Căsătoriilor nr. 25 din 1961; (2) potențialul caracter poligam al căsătoriilor islamice nu este în acord cu prevederile dreptului statutar. În fața acestui raționament, Curtea Supremă de Apel a adoptat o altă perspectivă conform căreia fondul cauzei nu este în legătură cu cercetarea aspectelor de validitate ale căsătoriei celor doi soți ci în legătura cu *îndatorirea defunctului de întreținere a reclamantei*. Astfel, în cazul în care prin uniunea dintre reclamantă și defunct acesta din urmă se obligase la întreținere față de reclamantă, atunci solicitarea reclamantei la despăgubiri pentru moartea soțului este îndrituită.

Suntem de părere că speța abordează, *lato sensu*, subiectul integrării dreptului islamic în sistemul regional african de drept și implicit recunoașterea căsătoriilor islamice de dreptul statutar. Sistemul african regional este, din punct de vedere social și juridic, o sinteză a mai multor comunități-fiecare dintre acestea prezentând obiceiuri și practici diferite. În aceste circumstanțe, este just să afirmăm că pentru comunitățile africane islamice, practicile promovate derivă din preceptele dreptului islamic. Acestea din urmă se suprapun peste practicile deduse din dreptul cutumiar african clasic, nescris, rezultând un ansamblu *suis generis* de practici socio-juridice. În decizia Curții Supreme de Apel a fost utilizat argumentul *pluralismului cultural și religios* în temeiul căruia diversitatea culturală este prezentă și acceptată în toate formele de manifestare socială deci, inclusiv în materie matrimonială. Revenind la argumentul prezentat de prima instanță – cel al nerecunoașterii validității căsătoriilor islamice ca urmare a neînregistrării acestora și al caracterului lor potențial poligam

¹ *Amod v Multilateral Motor Vehicle Accidents Fund (Commission for Gender Equality Intervening)* 1999 SA (4) 1319 (SCA); M.J. Maluleke, T. Madonsela, *op. cit.*, pp. 43-44.

– Curtea Supremă de Apel a replicat faptul că mariajul islamic este celebrat conform normelor desprinse din dreptul islamic iar, în temeiul pluralismului cultural și religios, acestea trebuie să fie recunoscute.

Prin raportare la circumstanțele concrete ale speței, căsătoria reclamantei și a defunctului este una monogamă, fiind cu atât mai mult legitimată la recunoaștere și protecție din partea autorităților naționale. Din punctul nostru de vedere, căsătoriile islamice se aseamănă cu cele cutumiare deoarece, ca și în cazul acestora din urmă, căsătoriile islamice sunt celebrate conform unor norme specifice care au aplicabilitate în timp grație faptului că izvorăsc din conștiința și spiritualitatea comunității. Curtea de Apel a menționat în decizia sa că litigiul trebuie să fie tranșat în favoarea reclamantei (având calitate de soție supraviețuitoare) întrucât principiul pluralismului cultural și religios nu poate fi negat iar căsătoria în cauză a fost celebrată în acord cu regulile uneia dintre cele mai cunoscute religii ale lumii. În aceeași ordine de idei, căsătoria în cauză este legitimă deși nu respectă regula înregistrării impusă de dreptul statutar deoarece a fost oficiată conform unor norme specifice potrivit unei ceremonii publice în virtutea căreia soții și-au asumat drepturi și obligații reciproce. Pe cale de consecință, căsătoria dintre reclamantă și defunct este validă iar reclamanta beneficiază de despăgubiri pentru acoperirea daunelor materiale și morale pe care aceasta le-a suferit în urma morții soțului.

Prevalența culturii și limitele drepturilor femeii în sistemul asiatic de protecție a drepturilor omului

I. Valorile asiatice ca paradigmă a protecției juridice a drepturilor omului

Sistemul asiatic de drept nu prezintă coerența și claritatea care există în alte sisteme regionale de drept prin raportare la subiectul protecției drepturilor omului. Expresia *valori asiatice* nu constituie, în opinia noastră, un eufemism menit să acopere lipsa de la nivel regional a mecanismelor specializate în materia drepturilor omului sau absența, din cadrul sistemului asiatic, a unei curți de justiție care să exercite o protecție efectivă vis-a-vis de drepturile omului. Valorile asiatice exprimă incidența factorului cultural asupra protecției juridice a drepturilor omului, relevând unele particularități ale sistemului asiatic de drept în materie. În al doilea rând, valorile asiatice constituie, la nivel regional, nu doar un tipar cultural care sintetizează atitudinile subiecților de drept față de indivizi, societate, raporturile dintre indivizi și societate sau raporturile dintre drepturile individuale și drepturile colective. Apreciem că însemnătatea valorilor asiatice se extinde în domeniul protecției juridice a drepturilor omului prin reiterarea clivajului dintre universalitatea drepturilor omului și relativismul cultural – discutat în partea de început a lucrării.

Studiile de specialitate¹ au instrumentat valorile asiatice ca argument fundamental al distincției dintre regimul universalității drepturilor omului – impus de sistemul vestic, occidental, în temeiul căruia drepturile omului reprezintă repere fundamentale de natură morală care se cuvin a fi respectate indiferent de contextul cultural la care ne raportăm și teza relativismului cultural – conform căreia drepturile omului sunt exclusiv un produs cultural iar limitarea acestora în funcție de particularitățile comunității este pe deplin justificată. Cu alte cuvinte, sistemul asiatic de protecție a drepturilor omului își argumentează limitele referitoare la absența mecanismelor eficiente în materie (dintre care se resimte cel mai clar nevoia unui organism abilitat să tranșeze litigii de drept prin hotărâri obligatorii în mod similar cu activitatea unei curți de justiție regională) prin invocarea valorilor asiatice. Acestea din urmă includ idei specifice referitoare la indivizi, drepturile acestora și relațiile dintre drepturile individuale și drepturile colective: (1) prevalența drepturilor colective asupra drepturilor individuale; (2) organizarea societății în funcție de relații ierarhice astfel încât familia să se supună statului după modelul pietății filiale; (3) prioritizarea drepturilor economice, sociale și culturale în raporturile cu drepturile civile și politice; (4) promovarea responsabilităților cetățenilor în detrimentul drepturilor și libertăților fundamentale ale acestora; (5) dezvoltarea culturii comunitarismului – a cărei semnificație rezidă în respectul individului datorat comunității de apartenență și subordonarea identității individuale celei colective.

¹ M.D. Barr, *Cultural Politics and Asian Values. The Tepid War*, Editura Routledge, Taylor and Francis Group, Londra, 2002, ISBN 0-203-22029-3, pp. 178-193; M. Jacobsen, O. Bruun (eds.), *Human Rights and Asian Values. Contesting National Identities and Cultural Representations in Asia*, Ed. Curzon Press, 2000, ISBN 0-203-39604-9, pp. 43-57, 74-90, 91-110, 134-158, 200-228; L. Avonius, D. Kingsbury (eds.), *Human Rights in Asia. A re-assessment of the Asian Values Debate*, Ed. Palgrave Macmillan, 2008, United States Of America, ISBN-13: 978-0-230-60639-5, pp. 159-176; A. Rosett, L. Cheng, M.Y.K. Woo, *East Asian Law, Universal Norms and Local Cultures*, Ed. Routledge Curzon, Taylor and Francis Group, London and New York, 2003, ISBN 0-203-37442-8, pp. 1-33.

Valorile asiatice prezentate în rândurile de mai sus sunt în opoziție cu universalismul drepturilor omului susținut de doctrina occidentală, fiind astfel argumente valabile în favoarea relativismului cultural. În consecință, valorile asiatice descriu particularitățile sistemului asiatic regional ca *alteritate* în comparație cu modelul vestic al drepturilor omului înălăuntrul căruia drepturile surmontează obligațiile. Din punct de vedere științific, noțiunea de *valori asiatice* a fost impusă pentru a marca o ideologie specifică¹ în materia drepturilor omului promovată în sistemul asiatic. Suntem de părere că ideologia derivată din valorile asiatice este dezvoltată atât în jurul constanței economice cât și în jurul constanței juridice, ambele aflându-se în relații de intercondiționare. Astfel, valorile asiatice configurează sistemul asiatic de protecție a drepturilor omului pornind de la premise economice: *miracolul asiatic* (caracterizat prin dezvoltare economică) a fost consecința promovării intervenționismului statal și a supunerii indivizilor față de autorități în spiritul principiului paternalismului². Atașarea unei imagini idilice autorității statale prin faptul că aceasta din urmă se autoresponsabilizează în asigurarea dezvoltării economice a comunității determină consecințe esențiale în materia drepturilor omului, dintre care cea mai importantă constă în depersonalizare, în renunțarea individului la prerogativa autodeterminării. În acest punct devine evident raționamentul în temeiul căruia îndepărtarea din mentalul indivizilor a cererilor/dorințelor/nevoilor proprii și acceptarea supunerii necondiționate în vederea realizării binelui comun sunt aspecte care explică influențele religioase-etice ale confucianismului, budismului, daoismului, islamismului în cristalizarea teoriei drepturilor omului. Mai clar, în sistemul asiatic de drept, protecția drepturilor omului nu este realizată din perspectiva individualistă promovată de occidentali. În contextul descris, comunitatea surclasează individul iar acesta își reclamă drepturile pe cale informală, de sorginte culturalo-religioasă (a confucianismului, budismului, daoismului, etc.).

Literatura de specialitate nu a atins consensul în privința *caracterului valorilor asiatice*. În primul rând, este argumentată ideea conform căreia valorile asiatice exprimă un dublu standard: (1) standardul specificității – în sensul în care valorile asiatice exprimă *identitatea comunității asiatice*; și (2) standardul diferențierii – în sensul în care valorile asiatice exprimă aspectele prin care statele din regiune se diferențiază de statele din alte sisteme regionale de drept. În ambele ipoteze, valorile asiatice sunt expresia *culturii reificate* întrucât, dacă acceptăm că prin anumite particularități culturale, o comunitate dată își afirmă identitatea și se diferențiază de alte comunități regionale atunci acceptăm în mod implicit că particularitățile

¹ Pentru detalii suplimentare asupra modului de conceptualizare a protecției juridice a drepturilor omului în temeiul teoriei valorilor asiatice, a se consulta: J. Koenen, *Incorporating Difference: a reappraisal Of Human Rights And Asian Values*, The Center For Citizenship And Globalization, Deakin University Strategic Research Center, Paper Series, Vol. 4, No. 4, December 2013, pp. 3-17; M. Huang, *Debating Asian Values: Saying Too Little Or Saying Too Much?*, *Academica Sinica*, Program For Southeast Asian Area Studies, 2000, pp. 1-30; F. Furuoka, B.L.F. Yee, R. Mahmud, *Japan and Asian Values: A Challenge for Japan's East Asian Policy in the New Century*, *Journal of Contemporary Eastern Asia*, Vol. 5 No.1, pp. 1-8; U.P. Le, *A Culture Of Human Rights In East Asia: Deconstructing „Asian Values” Claims*, University of California, Davis Joinal Of Inetrnational Law And Policy, Vol. 18, Issue 2, 2012, pp. 469-504; A. Sen, *Human Rights and Asian Values*, Sixteenth Morgenthau Memorial Lecture On Ethics and Foreign Policy, Carnegie Council On Ethics and International Affairs, 1997, pp. 5-31; C.Y. Hoon, *Revisiting the Asian Values Argument used by Asian Political Leaders and its Validity*, *The Indonesian Quarterly*, Vol. 32, No. 2, 2004, pp. 154-174; K. Engle, *Culture and Human Rights: The Asian Value Debate In Context*, *Journal Of International Law And Politics*, Vol. 32, 2000, pp. 291-333; B.K.H.P.S. Kausikan, *An East Asian Approach To Human Rights*, *Buffalo Journal Of International Law*, Vol. 2, 1995-1996, pp. 263-283; M.R. Thomson, *Pacific Asia after „Asian Values”: authoritarianism, democracy and „good governance”*, *Third World Quartely Journal*, Vol. 25, No. 6, 2004, pp. 1079-1095; S.Y. Kim, *Do Asian Values Exist? Empirical Test Of Asian Values*, *Journal Of East Asian Studies*, Vol. 10, 2010, pp. 315-344.

² Principiul paternalismului semnifică atitudinea reverențioasă a cetățenilor față de stat, urmărindu-se prin aplicarea sa respectarea ordinii sociale create și a armoniei comunitare. Pe de altă parte, conducătorii manifestă interes pentru bunăstarea celor guvernați, impunând norme care să beneficieze întregii societăți.

avute în vedere au caracter static și sunt esențializate¹. În procesul reificării culturii asiatice, punctul central îl constituie, pe de o parte, impunerea autorității statale în raporturile cu cetățenii și, pe de altă parte, stabilirea obligațiilor de bunăvoință și fidelitate în sarcina cetățenilor².

În al doilea rând, doctrina³ a remarcat că valorile asiatice nu pot exprima idealul culturii reificate de la nivel regional întrucât diversitatea sistemelor socio-economico-politice ale statelor din regiune limitează posibilitatea stabilirii unui ansamblu de valori comune. Restrângând discuția la regiunea Asia de Sud-Est, autorii cități anterior observă caracterul eterogen al statelor în urma aplicării criteriului orânduirii socio-economico-politice: Brunei este, din punctul de vedere al formei de guvernământ, monarhie absolută; Vietnam și Laos au regimuri autoritariste post-socialiste; Singapore și Malaezia sunt guvernate de regimuri autoritare sub aparența democrației parlamentare; Myanmar adoptă ca regim de guvernare dictatura militară; Indonezia este în tranziție de la un regim autoritar către o formă specifică a democrației reprezentative; Filipine și Thailanda beneficiază de regimuri democratice⁴. În aceeași ordine de idei, un ansamblu bine conturat al valorilor asiatice este imposibil de obținut la nivel regional dacă luăm în considerare varietatea religioasă existentă. Există, în mod eronat, tendința de a asocia preceptele confucianiste cu valorile asiatice, excluzând influențele de la nivel regional aduse de islamism, budism sau daoism. Într-adevăr, China este spațiul reprezentativ de manifestare a preceptelor confucianiste însă, în același timp, este necesar să acceptăm că indiferent de influențele exercitate de statul chinez în regiune, sistemul asiatic de drept este puternic influențat și de islamism. Unul dintre principalii promotori ai valorilor asiatice – Mahathir Mohamad (primul ministru al Malaeziei în perioada 1981-2003) a construit prototipul valorilor asiatice pornind de la 3 precepte: feudalism, Islamism și *adat* (tradițiile islamice). Cele trei precepte reunite sub modelul *mahathirismului*⁵ corespund modelului confucianist de identificare a valorilor asiatice în privința primului aspect – al feudalismului.

Suntem de părere că feudalismul cuprins în structura modelului *mahathirismului* coincide cu impunerea, în rândul cetățenilor, a respectului pentru autoritate – aspect de sorginte confucianistă. În forma sa clasică, feudalismul semnifică raporturile de vasalitate înăuntrul cărora vasalul era ținut de obligația de fidelitate și sprijin militar pentru suveran, în timp ce acesta din urmă recompensa loialitatea vasalului prin sprijin economic. Această explicație a fost transpusă în raporturile dintre cetățean și stat impuse de confucianism, în temeiul cărora cetățenii sunt asemănați copiilor care, aidoma copiilor din cadrul comunității restrânse (familia) trebuie să asculte ordinele celor învestiți cu autoritate. Relația pietății filiale descrisă de preceptele confucianiste caracterizează raportul guvernanți-guvernați, surprinzând, în același timp, specificul feudalismului mahathirismului. În privința preceptelor religioase, deosebirea dintre cele două modele propuse pentru conceptualizarea valorilor asiatice este evidentă: confucianismul trece în plan secund dogmatismul religios cuprinzând precepte pentru dezvoltarea spirituală a individului, în timp ce Islamul solicită respectarea normelor de

¹ Contestarea valorilor asiatice deoarece prin intermediul acestora este comisă reificarea culturii asiatice este dezvoltată în lucrarea *Demystifying human rights protection in Asia. Background paper*, realizată de organizația International Federation For Human Rights, November 2015, pp. 4-50.

² I. Neary, *Human Rights In Japan, South Korea and Taiwan*, Editura Routledge, Taylor and Francis Group, London and New York, 2002, ISBN 0-203-26228-X, p. 9.

³ K. Christie, D. Roy, *The Politics Of Human Rights In East Asia*, Editura Pluto Press, London, Sterling Virginia, 2001, ISBN 0 7453 1419 8, p. 31.

⁴ Ibidem.

⁵ Pentru referințe suplimentare a se consulta Mohd Azizuddin Mohd Sani, *Mahathir Mohamad As A Cultural Relativist: Mahathirism On Human Rights*, This paper was presented to the 17 Biennial Conference of the Asian Studies Association of Australia in Melbourne 1-3 July 2008, pp. 1-16.

inspirație divină revelate prin Coran și Sharia. Raportându-ne la confucianism și islamism, primul este modelul inițial aplicabil valorilor asiatice iar cel de-al doilea constituie un model derivat. Confucianismul descrie modelul primar al valorilor asiatice deoarece preceptele sale au determinat ansamblul ideilor desemnate ca *valori asiatice*. În schimb, islamismul constituie, în opinia noastră, un model derivat aplicabil valorilor asiatice întrucât acesta nu constituie o particularitate regională. După cum am prezentat într-o secțiune distinctă a lucrării noastre, religia musulmană a influențat sistemul regional african, determinând inițiativele legale sub-regionale concretizate în Declarația de la Cairo asupra Drepturilor Omului și Carta Arabă a Drepturilor Omului.

Specificul valorilor asiatice trebuie să fie evaluat în studiul particularităților sistemului asiatic de protecție a drepturilor omului. Deși consecința stereotipizării și esențializării culturii asiatice este prezentarea valorilor care îi sunt aferente într-un mod static, cunoașterea liniilor directe trasate de valorile asiatice este necesară pentru înțelegerea perspectivei regionale asupra drepturilor omului. Promovarea drepturilor economice, sociale și culturale în detrimentul celor civile și politice, lipsa mecanismelor de sancționare a încălcărilor drepturilor omului și inexistența unor documente legale regionale înscrise în categoria dreptului constrângător – sunt consecințe care decurg din valorile asiatice descrise anterior. Valorile asiatice – deși propun o versiune monolitică asupra culturii regionale, trasează limitele (paradigma) înăuntrul căreia (căreia) sunt conceptualizate și înțelese drepturile omului. Protecția juridică a drepturilor omului la nivel regional asiatic este direct influențată de factorul cultural exprimat prin valorile asiatice.

II. Aplicarea modelului confucianist în protecția juridică a drepturilor femeii

Concepția asupra drepturilor și modul de abordare a drepturilor femeii sunt circumscrise, la nivel regional, preceptelor confucianiste. După cum am precizat în rândurile anterioare, confucianismul este reprezentativ pentru sistemul asiatic, nefiind întâlnit în alte sisteme sub-regionale de drept. Dintre statele asiatice, China a introdus preceptele confucianiste, de-a lungul timpului, în conținutul politicilor publice formulate în materia protecției cetățenilor. Încă de la început, este necesar să precizăm că preceptele confucianiste neagă conceptul de *drepturi* și îl înlocuiesc cu termenul de *interese*. În limbajul juridic chinez, termenul *quanli* se prezintă mai degrabă ca un termen-surogat pentru drepturi, traducerea fidelă a termenului realizându-se prin noțiunea de *interese*. „Lipsa” drepturilor din sistemul asiatic derivă din confucianism deoarece confucianismul – ca ansamblu de principii etice – indică indivizilor tipul dorințelor și aspirațiilor pe care aceștia trebuie să le împlinească. Astfel, drepturile reprezintă construcții artificiale menite să sprijine și să ocrotească interesele indivizilor atât timp cât acestea din urmă sunt legitime. Această viziune confucianistă asupra drepturilor diferă în mod clar de teoria occidentală asupra drepturilor omului – conform căreia drepturile omului sunt cuvenite indivizilor în temeiul demnității umane înnăscute¹. Asocierea drepturilor cu interesele

¹ În lucrarea *Human Rights and Chinese Thought-A Cross Cultural Inquiry*, S.C. Angle, Editura Cambridge University Press, 2002, ISBN 0 511 02003 1, pp. 74-100, pp. 205-243, este evidențiată diferența între modul chinezesc (asiatic) de conceptualizare a drepturilor omului și conceptualizarea drepturilor omului în contextul doctrinei vestice. Autorul citează în conținutul lucrării sale explicația oferită de Randall Peerenboom pe care o consideră edificatoare asupra subiectului. În opinia lui Peerenboom, teoria chineză asupra drepturilor omului avansează ideea potrivit căreia *drepturile echivalează interesele*; modul de înțelegere invocat contrastează cu perspectiva doctrinarilor occidentali (în speță americani) care susțin că natura drepturilor omului este de sorginte deontologică. Cu alte cuvinte, în doctrina occidentală, drepturile au sorginte *morală* și nu *utilitară*. Aplicând teoria occidentală asupra drepturilor omului drepturile precedă interesele în două sensuri: (1) drepturile precedă interesele deoarece ele sunt mai importante decât

determină un tip particular de relativism întrucât, dacă drepturile nu există în mod independent de voința și dorințele oamenilor, aceasta semnifică faptul că drepturile sunt dependente de viziunea subiectivă a fiecărui individ asupra intereselor pe care acesta le dezvoltă. În doctrina confucianistă, drepturile dobândesc legitimitate pentru că niciun individ nu poate să își stabilească interesele contrare ordinii și armoniei colective. Comunitarismul reprezintă în confucianism garanția legitimității drepturilor. De asemenea, comunitarismul oferă argumentul pentru organizarea ierarhică a societății (la nivel macro) și a familiei (la nivel micro). După cum am menționat anterior, în temeiul comunitarismului, cetățenii datorează supunere și ascultare autorităților statului iar, în plan familial, acest fapt se traduce prin trei tipuri de subordonări: soția este subordonată soțului; copiii sunt subordonați părinților iar frații mai mici sunt subordonați fraților mai mari. La rândul său, femeia cunoaște o triplă condiție în subordonarea statutului său: femeia este subordonată tatălui; după căsătorie, femeia este subordonată soțului iar după moartea soțului, femeia este subordonată fiului său. În alte cuvinte, în materia drepturilor femeii, logica confucianistă aduce o triplă subordonare care se va remarca atât în planul privat cât și în planul public.

În lucrarea *The Confucian Concept of Jen and the Feminist Ethics Of Care: A Comparative Study*¹ autorul adoptă analiza comparativă a conceptului confucianist *jen* și a eticii grijii dezvoltată de mișcarea feministă. În esență, articolul susține că grija argumentată ca și concept central al feminismului coincide cu conceptul confucianist *jen* care cuprinde în conținutul său valori precum altruismul, bunătatea, diligența, buna-credință. În plus, în cazul ambelor curente de gândire, moralitatea rezidă în responsabilitatea pe care individul o asumă față de comunitate.

Correspondența dintre conceptele promovate de teoria feministă și curentul feminist de gândire nu exprimă, din punctul nostru de vedere, identitatea de ideologie. Curentul feminist pledează în favoarea egalității depline dintre femei și bărbați în timp ce confucianismul stabilește etica *jen* în termeni generali și în paralel cu admiterea subordonării femeilor. Lucrarea exprimă idei contradictorii în punctul în care argumentează că impunerea obligației de bunăvoință și grijă față de semenii (*jen*) este compatibilă cu subordonarea femeilor. Este clar că există o contradicție în termeni în măsura în care confucianismul impune obligația de respect și responsabilitate față de toate ființele umane însă reduce femeile la statutul de indivizi de rang inferior care sunt ținuți de a răspunde autorității masculine pentru a-și desăvârși existența. De asemenea, explicația oferită prin preceptele confucianiste relativ la justificarea subordonării feminine este, în opinia noastră, contradictorie: dacă simbolurile masculine și feminine *yang* și *yin* sunt complementare atunci, raporturile ierarhice dintre cele două nu sunt justificate. În mod particular, nu poate fi justificată tripla subordonare la care femeile sunt supuse de-a lungul vieții.

Structura ierarhică a societății impusă în temeiul confucianismului înfrânge drepturile femeii. Însă, după cum am specificat în rândurile de mai sus, drepturile nu reprezintă un concept juridic autonom în curentul de gândire confucianist, fiind intrinsec legat de termenul de *interese*. În acest caz, interesul colectiv constă în subordonarea femeilor în vederea menținerii orânduirii ierarhice a confucianismului iar drepturile sunt conturate în favoarea

interesele, având o existență autonomă; (2) drepturile precedă interesele deoarece ele există *per se*, grație demnității umane înăscute; drepturile nu sunt bazate pe utilitate și nici nu sunt consecințe sociale ale unor stări. Este redundant să adăugăm că opinia noastră este favorabilă teoretizării occidentale asupra drepturilor. Înțelegerea drepturilor ca având o existență autonomă, de sine stătătoare – ele precedând orice situație socială și orice interes ulterior – reprezintă punctul nostru de vedere asupra subiectului.

¹ C. Li, *The Confucian Concept of Jen and the Feminist Ethics Of Care: A Comparative Study*, Hypatia Journal, Vol. 9, No. 1, 1994, pp. 70-89.

colectivității și în detrimentul femeilor¹. Interesul general al subordonării femeilor coincide cu interesul general al menținerii ordinii sociale. Astfel, negarea egalității și, implicit a drepturilor femeilor, poate fi definită precum o realitate juridică în sistemul asiatic, realitate impusă prin intermediul culturii confucianiste.

III. Inițiative juridice sub-regionale în materia protecției drepturilor femeii

Înainte de a proceda la analiza detaliată a normelor adoptate la nivel sub-regional în domeniul protecției drepturilor femeii, este necesar să indicăm aceea că sistemul regional asiatic prezintă o evoluție atipică în materia protecției drepturilor omului, influența valorilor asiatice fiind vizibilă. În acest context, evoluția drepturilor omului – ca și concept și realitate practică – este intrinsec legată de protecția drepturilor femeilor. Contextul de apariție/limitele și progresele înregistrate în materia protecției drepturilor omului trebuie considerate pentru a realiza o analiză contextuală a protecției drepturilor femeilor în sistemul regional asiatic.

După cum am precizat în secțiunea anterioară a lucrării noastre, sistemul asiatic nu posedă claritate și coerență în materia protecției juridice a drepturilor omului, spre deosebire de sistemul european, african sau inter-american. Valorile asiatice au fost instrumentate, în plan concret, în sens re-acționar și nu în sens constructiv. Ne vom explica punctul de vedere: deși valorile asiatice surprind cultura regională în dimensiunile sale statice, esențiale, ele nu au fost aplicate în scopul unic al conturării unei identități unice asiatice. Dimpotrivă, valorile asiatice au caracter re-activ întrucât ele au menirea de a nega teoria occidentală asupra drepturilor omului. În consecință, construcția unui sistem de protecție a drepturilor omului la nivel regional-asiatic care să beneficieze de o curte regională, de mecanisme de supraveghere și control sau de documente legale care să aibă un caracter constrângător reprezintă un obiectiv impropriu pentru că reiterează modelul vestic proiectat în materia drepturilor omului. Valorile asiatice dau sens teoriei drepturilor omului la nivel regional însă se cuvine să înțelegem această teorie într-un mod specific non-vestic, în contextul căruia preeminența drepturilor omului nu este validată.

Contestarea valorilor asiatice a atras cu sine imposibilitatea articulării unui sistem coerent de protecție a drepturilor omului la nivel regional. La nivelul Asiei de Sud-Est, a luat ființă, având ca bază legală Declarația de la Bangkok din 1967, o organizație sub-regională cu caracter *suis generis* – Asociația Națiunilor din Sud-Estul Asiei². Este evident că unei concepții *suis generis* asupra drepturilor omului derivată din valorile asiatice nu îi putea corespunde decât o structură regională *suis generis* în materia drepturilor omului. Cu toate acestea, este demn de precizat că orientările ASEAN în materia drepturilor omului sunt relativ recente întrucât, în Declarația de la Bangkok, protecția juridică a drepturilor omului nu era menționată *in expresis*. După cum remarcă literatura de specialitate³, ASEAN a fost creată din dorința de a contrabalansa

¹ Pentru mai multe detalii, a se consulta *Intersections between Women's Equality, Culture and Cultural Rights*, Report Of The South Asia Plus Consultation On Culture, Women and Human Rights, 2011, ISBN: 81-904013-5-1, New Delhi, pp. 1-125.

² *Brevitatis causa*, vom folosi pe parcursul lucrării noastre acronimul consacrat de literatura de specialitate ASEAN pentru a desemna expresia *Asociația Națiunilor din Sud-Estul Asiei*. Menționăm că statele fondatoare ale acestei organizații regionale sunt Indonezia, Malaezia, Singapore, Filipine și Thailanda. Ulterior, au aderat la organizație alte 5 state: Brunei Darussalam (8 ianuarie 1984), Vietnam (28 iulie 1995), Laos (23 iulie 1997), Myanmar (23 iulie 1997), Cambodgia (30 aprilie 1999).

³ H.J.S. Kraft, *Human Rights In Southeast Asia: The Search For Regional Norms*, Working Paper, East West Center, Washington, No. 4, 2005, pp. 1-24; S. Petcharamesree, *The ASEAN Human Rights Architecture: Its development And Challenges*, The Equal Rights Review, Vol. 11, 2013, pp. 47-48; Y.X. Wang, *Contextualizing Universal Human Rights: An Integrated human Rights Framework For ASEAN*, Duke Journal Of Comparative And International Law, Vol. 25, 2015, p. 389; W.J. Jones, *Universalizing Human Rights: The ASEAN Way*, Paper

regimurile comuniste prin îmbunătățirea a două dimensiuni esențiale pentru dezvoltarea oricărui stat-națiune: dimensiunea economică și dimensiunea de securitate. Principiile cooperării economice, respectarea suveranității naționale și neintervenția în afacerile interne ale statului sunt consacrate atât în Declarația constitutivă ASEAN, în Tratatul de Prietenie și Cooperare în Asia de Sud-Est¹ cât și în Carta ASEAN².

Orientarea ASEAN către domeniul drepturilor omului reprezintă o acțiune relativ recentă, cele mai importante demersuri în materie fiind realizate în perioada 2009-2012. În anul 2009 a fost stabilită Comisia ASEAN cu rol în monitorizarea și încurajarea respectării drepturilor omului la nivel regional iar în anul 2010 a luat ființă Comisia ASEAN pentru promovarea și protejarea drepturilor femeilor și copiilor cu rol de organism interguvernamental consultativ. Aceasta din urmă monitorizează gradul în care statele membre ASEAN îndeplinesc obligațiile instituite prin Convenția cu privire la Drepturile Copilului, respectiv prin Convenția pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de Femei. Cu alte cuvinte, scopul Comisiei ASEAN pentru promovarea și protejarea drepturilor femeilor și copiilor rezidă în susținerea îndeplinirii angajamentelor asumate de statele din regiune la nivel internațional. Dezvoltările recente în materia drepturilor omului au fost posibile datorită inițiativelor mai timpurii precum crearea instituțiilor naționale specializate în materia drepturilor omului sau desfășurarea de workshop-uri la nivel regional pentru cristalizarea și accentuarea demersurilor necesar a fi întreprinse în materia drepturilor omului³. Este demn de menționat că instituțiile naționale specializate în materia drepturilor omului au fost regrupate în forumul autonom Asia Pacific și respectă Principiile de la Paris⁴ care reglementează funcționalitatea acestor instituții⁵. În privința workshop-urilor, utilitatea acestora constă în creșterea gradului de vizibilitate a problemei drepturilor omului la nivel regional, fiind stabilite viitoarele direcții de acțiune în vederea consolidării protecției și promovării drepturilor omului⁶.

presented at the 10th International Academic Conference in Vienna, 3 June 2014, p. 305; S. Petcharamesree, *The Human Rights Body: A Test for Democracy Building in ASEAN*, International Institute For Democracy and Electoral Assistance, 2009, Sweden, p. 4.

¹ Încheiat în 24 februarie 1976 de conducătorii statelor fondatoare ASEAN. Tratatul a fost amendat de două ori: pe data de 15 decembrie 1987 prin Protocolul care reglementa posibilitatea de a accede la Tratat de către statele din exteriorul zonei sud-est asiatice și pe data de 25 iulie 1998 prin Protocolul care condiționa accesul la Tratat prin impunerea condiției consensului statelor membre.

² Adoptată în cadrul celui de-al 13-lea Summit ASEAN în noiembrie 2007 și intrată în vigoare în decembrie 2008. Carta oferă personalitate juridică comunității ASEAN conform Capitolului II, art. 3.

³ Pentru detalii suplimentare asupra mecanismelor dezvoltate în materia protecției drepturilor omului la nivel regional-asiatic, a se consulta Andrea Durbach, Catherine Renshaw, A. Byrnes, „*A tongue but no teeth?*”: the emergence of a regional human rights mechanism in the Asia Pacific region, *Sydney Law Review*, Vol. 31, pp. 211-238.

⁴ Principiile de la Paris au fost adoptate de Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite la data de 20 decembrie 1993 prin rezoluția nr. 48/134, reglementând, printre altele: competențele și responsabilitățile instituțiilor naționale din sistemul de protecție a drepturilor omului; modul de constituire al instituțiilor naționale și garanțiile în favoarea independenței lor; modurile de operare; principiile adiționale adresate statutului comisiilor cu atribuții cvasi-judiciare.

⁵ Este necesar să menționăm că în anul 2015 există 5 state care au organizat la nivel național instituții în materia protecției drepturilor omului: Filipine, Indonezia, Malaezia, Thailanda și Myanmar. Menționăm că deoarece Malaezia nu a impus instituției naționale pentru protecția drepturilor omului condiția respectării Principiilor de la Paris, aceasta nu este inclusă în Forumul Asia Pacific.

⁶ În lucrarea *Asia's experience in the Quest for a Regional Human Rights Mechanism*, redactată de S. Chiam, *Human Rights in the Pacific Journal*, pp. 127-148 sunt expuse dezbatările desfășurate în cadrul principalelor workshop-uri și seminarii cu privire la aspectele practice și teoretice ale promovării drepturilor omului la nivel regional. În particular este prezentată perioada de inițiative cuprinsă între Seminarul Colombo-1982 și workshop-ul din Bali - 2007.

În noiembrie 2012 a fost adoptată *Declarația ASEAN asupra drepturilor omului* cu ocazia celui de-al 21-lea summit ASEAN desfășurat în Phnom Penh, Cambodgia. Orientarea ASEAN către domeniul drepturilor omului a fost marcată inclusiv prin punctul de vedere oficial exprimat cu ocazia adoptării Declarației, în temeiul căruia, Declarația ASEAN asupra drepturilor omului va fi implementată în acord cu angajamentele pe care statele din regiune și le-au asumat în relație cu Declarația Universală a Drepturilor Omului, Carta Organizației Națiunilor Unite și Planul de Acțiune de la Viena. Conținutul Declarației ASEAN asupra drepturilor omului prezintă, din punctul nostru de vedere, o concepție asupra drepturilor omului similară cu cea promovată de doctrina vestică. Secțiunea dedicată principiilor generale debutează cu prevederea conform căreia oamenii se nasc liberi și egali în demnitate și în drepturi – reiterând prin aceasta teoria egalității astfel cum este expusă în art. 1 din Declarația Universală a Drepturilor Omului. Principiul subsecvent instituie garanția nediscriminării în beneficierea de drepturile și libertățile stabilite în Declarație, fiind interzisă în mod expres orice diferențiere întemeiată pe criteriul *gen*. Utilizarea criteriului *gen* în stabilirea criteriilor discriminatorii interzise marchează, din punctul nostru de vedere, o evoluție juridică prin comparație cu Declarația Universală a Drepturilor Omului și cu alte standarde internaționale în materia drepturilor omului care interzic *sexul* ca și criteriu discriminatoriu. După cum am argumentat pe parcursul lucrării noastre, criteriul *gen* este mult mai cuprinzător decât criteriul *sex* întrucât primul se referă la constructele sociale asociate bărbaților și femeilor în temeiul culturii promovate în cadrul unei anumite comunități date. Constructele sociale alocate femeilor și bărbaților impun în sarcina acestora comportamente, atitudini, responsabilități specifice. Constructele sociale sunt impuse și dezvoltate având în vedere normele culturale ale comunității. Principiul 3 din Declarație completează principiul 2, prin extinderea garanției nediscriminării la egalitatea persoanelor în fața legii și la dreptul la o protecție egală în fața legii. Principiul 9 din Declarație subliniază importanța principiului non-discriminării, menționându-l ca standard în realizarea drepturilor și libertăților conținute în Declarație. Este interesant de observat că situația factorului cultural în contextul protecției drepturilor omului nu este în întregime clarificată. Pe de o parte, observăm că factorul cultural este marginalizat în procesul protecției drepturilor omului, acesta nefiind menționat în mod expres în rândul limitărilor admise în exercițiul drepturilor și libertăților fundamentale ale omului. Principiul 8 impune regula conform căreia orice drept trebuie să fie exercitat cu respect pentru drepturile și libertățile altora iar limitările drepturilor și libertăților nu pot fi altele decât cele impuse prin lege și care țin de aspecte precum: securitate națională, ordine publică, securitate și moralitate publică. Pe de altă parte, deși aparent factorul cultural nu constituie o limită în exercitarea drepturilor omului, acesta este menționat de principiul 7 din Declarație ca și contextul necesar a fi reiterat în realizarea drepturilor omului. Conform principiului 7: (...) *realizarea drepturilor omului trebuie să fie evaluată în contextul regional și național, luând în considerare diferitele fundaluri politice, economice, legale, sociale, culturale, istorice sau religioase*.

Drepturile femeilor sunt menționate în conținutul principiul 4 alături de drepturile copiilor, persoanelor în vârstă, persoanelor cu dizabilități, drepturile lucrătorilor migranți, drepturile grupurilor vulnerabile și marginalizate. Literatura de specialitate¹ identifică originile principiului 4 din document în Declarația de la Bangkok² din 1993 în care era reglementată

¹ American Bar Association Rule of Law Initiative, *The ASEAN Human Rights Declaration: A Legal Analysis*, 2014, ISBN: 978-1-63425-114-3, p. 11.

² Final Declaration of the Regional Meeting for Asia of the World Conference on Human Rights in U.N. General Assembly, *Report of the Regional Meeting for Asia of the World Conference on Human Rights* [hereinafter *Bangkok Declaration*], A/CONF.157/ASRM/8 A/CONF.157/PC/59, Mar. 29 – Apr. 2, 1993, para. 11.

protecția drepturilor minorităților etnice, naționale, rasiale, religioase, lingvistice, protecția drepturilor lucrătorilor migranți, a persoanelor cu dizabilități sau a refugiaților.

Observăm că Declarația ASEAN asupra drepturilor omului nu alocă o atenție particulară drepturilor femeii. Deși menționarea *in expresis* a drepturilor femeii în conținutul Declarației constituie o evoluție juridică, lipsa dezvoltării statutului drepturilor femeii este vizibilă. Având prezent clivajul dintre drepturile colective ale comunității și universalitatea drepturilor omului și modul în care acest clivaj a afectat drepturile femeii, considerăm că ar fi fost indicată consacrarea unui text de sine stătător care să abordeze exclusiv problema drepturilor femeii și protecția acestora la nivel regional. De asemenea, trebuie să avem în vedere faptul că Declarația ASEAN asupra drepturilor omului se încadrează în categoria documentelor legale neconstrângătoare, astfel încât asigurarea caracterelor integralității, inalienabilității și indivizibilității drepturilor femeii ca drepturi ale omului reprezintă o constatare de natură principială, programatică. Declarația nu consacră în mod expres *obligatia* respectării drepturilor femeii și nici nu subliniază independența drepturilor femeii de sfera culturalo-religioasă. Dimpotrivă, revenind la principiul 7 din Declarație contextul culturalo-istoric este menționat ca și element care trebuie să fie luat în considerare pentru realizarea drepturilor omului. Apreciem că mențiunile referitoare la protecția drepturilor femeii ca drepturi ale omului cuprinse în principiul 4 din Declarație sunt insuficiente pentru garantarea *egalității de facto* dintre femei și bărbați la nivel regional. La aceasta se adaugă lipsa caracterului constrângător al reglementărilor conținute în Declarație.

Declarația ASEAN asupra drepturilor omului stabilește principii generale în materia drepturilor omului, abordând drepturi din cele trei generații (civile și politice; economice, sociale și culturale iar din categoria drepturilor de generația a treia sunt precizate dreptul la dezvoltare și dreptul la pace). În materia drepturilor femeii, prevederea cuprinsă în principiul 4 din Declarație abordează în subsidiar problema garantării drepturilor femeilor în contextul diversității culturale regionale, limitându-se la a recunoaște drepturile femeii ca drepturi ale omului și, implicit, la a recunoaște caracterele inalienabilității și indivizibilității drepturilor femeii. Dezvoltarea problemei drepturilor femeii în Declarația ASEAN asupra drepturilor omului constituia un aspect necesar dat fiind faptul că Declarația a fost precedată de alte inițiative legale regionale în materia drepturilor femeii (ne referim în principal la Declarația ASEAN împotriva traficului de persoane, în special femei și copii – adoptată pe 29 noiembrie 2004 în Vientiane, Laos și la Declarația ASEAN cu privire la îmbunătățirea bunăstării și dezvoltării situației femeilor și copiilor – adoptată pe 28 octombrie 2010 în Ha Noi, Vietnam).

Declarația ASEAN împotriva traficului de persoane, în special femei și copii, are un conținut concis constituit din măsuri avansate pentru protecția drepturilor femeilor și copiilor astfel încât să fie prevenită traficul acestora. Dintre măsurile enunțate menționăm: îmbunătățirea cooperării regionale în domeniu; crearea unei rețele regionale abilitată să îndeplinească acțiuni pentru prevenirea traficului; facilitarea schimbului de informații/idei între autoritățile competente în materie; întreprinderea de acțiuni pentru a oferi sprijin victimelor traficului și pentru a asigura respectul pentru demnitatea și drepturile persoanelor traficate; întreprinderea de măsuri coercitive împotriva făptuitorilor și adoptarea și aplicarea actelor legale necesare pentru prevenirea și combaterea traficului de persoane. Suntem de părere că elementele de conținut ale Declarației sunt laconice și nu încadrează în mod corect, în context regional, problema traficului femeilor și copiilor. Preambulul Declarației nu explică incidența factorului cultural în determinarea și menținerea fenomenului traficului de persoane, în special a fenomenului traficului de femei și copii. În partea preambulară a Declarației problema traficului de persoane, în special de femei și copii este pusă în legătură cu problemele economice și sociale al regiunii, în special cu fenomenul migrației populației. Având în vedere influența confucianismului asupra mentalului colectiv asiatic, apreciem că ostilitatea față de genul feminin,

manifestată sub forma avorturilor selective, a infanticidului feminin, a preferinței pentru copii de gen masculin, poate determina una dintre cauzele traficului de femei și copii de gen feminin.

Declarația ASEAN cu privire la îmbunătățirea stării și dezvoltării situației femeilor și copiilor abordează toate domeniile de activitate, avansând promovarea femeilor în plan politic și asigurând dreptul femeilor de a-și alege liber locul de muncă. În mod similar cu Declarația împotriva traficului de persoane, Declarația cu privire la îmbunătățirea stării și dezvoltării statutului femeilor și copiilor prevede măsuri referitoare la îmbunătățirea cadrului legal, la intensificarea cooperării regionale sau la sporirea capacității instituțiilor de a aborda problemele relative la femei și copii. Spre deosebire de Declarația anterioară, Declarația ASEAN cu privire la îmbunătățirea stării și dezvoltării situației femeilor și copiilor, integrează în sfera măsurilor propuse măsura respectului pentru legislația internațională și, în particular, măsura respectului pentru angajamentele asumate de statele ASEAN prin mențiuni referitoare la aderarea la Convenția pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de Femei și la Convenția asupra Drepturilor Copilului. Printre măsurile menționate de Declarația cu privire la îmbunătățirea stării și dezvoltării situației femeilor și copiilor, remarcăm: (1) dezvoltarea legislației, a planurilor și programelor social-legislative necesare contracarării violenței împotriva femeilor și a copiilor; (2) dezvoltarea de programe medicale orientate către combaterea mortalității materne și infantile, către facilitarea planificării familiale, a practicării mijloacelor de contracepție și a asigurării sănătății reproductive a femeilor; (3) organizarea de activități de educare și informare cu privire la incidența virusului HIV în rândul femeilor și al copiilor; (4) protecția maternității la locul de muncă și (5) asigurarea egalității de gen la nivelul societății, inclusiv în materie educațională. Din punct de vedere structural, Declarația are caracter cuprinzător, referindu-se concomitent la garantarea, în favoarea femeilor, a drepturilor din cele trei generații. Mai mult decât atât, factorul cultural nu este menționat *in expresis* și nici nu este subliniată legătura dintre limitările culturale și protecția juridică a drepturilor omului în general și a drepturilor femeilor în special.

Pe data de 9 octombrie 2013 ASEAN a adoptat *Declarația cu privire la eliminarea violenței împotriva femeilor și la eliminarea violenței împotriva copiilor*, la Bandar Seri Begawan, Brunei Darussalam. Spre deosebire de documentele prezentate anterior, Declarația privitoare la eliminarea violenței împotriva femeilor și copiilor aduce în discuție factorul cultural ca și cauză generatoare a opresiunii femeilor manifestată prin: abuz fizic, sexual, supunere la trafic de persoane, prostituție, încălcarea drepturilor femeilor refugiate sau a femeilor aflate în situații de conflict armat. Reiterând angajamentele asumate de statele ASEAN în materia drepturilor femeii prin aderarea la/și ratificarea Convenției pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de Femei, partea preambulară a Declarației atestă că practicile culturale negative sunt unul dintre motivele care au condus la proliferarea violenței față de femei. De asemenea, preambulul Declarației atrage atenția asupra obligației statelor ASEAN de a proteja drepturile omului prin modificarea tiparelor culturale și comportamentale întemeiate pe ideea de superioritate sau inferioritate a unuia dintre sexe și pe stereotipuri de gen. Măsurile avansate în conținutul Declarației în scopul combaterii violenței îndreptate împotriva femeilor și copiilor au preponderent caracter legislativ, constând în: (1) formularea, consolidarea sau amendarea legislației naționale menită să elimine violența îndreptată împotriva femeilor și copiilor; (2) integrarea de măsuri legislative necesare prevenirii și eliminării violenței împotriva femeilor și a sprijinirii victimelor violenței de gen; (3) adoptarea de strategii multidisciplinare pentru surmontarea violenței împotriva femeilor între care se numără și strategiile al căror scop constă în eliminarea practicilor dăunătoare care perpetuează stereotipurile de gen și violența împotriva femeilor și copiilor; (4) îmbunătățirea capacității autorităților, a serviciilor de asigurări sociale, a mecanismelor naționale în scopul într-ajutorării femeilor și copiilor victime ale violenței.

Declarațiile ASEAN analizate în rândurile de mai sus aparțin dreptului neconstrângător și avansează, cu titlu programatic, măsuri necesare a fi respectate în scopul garantării drepturilor omului și a drepturilor femeilor. În toate documentele analizate (exceptând Declarația ASEAN asupra drepturilor omului) elementul comun constă în analiza simultană a drepturilor femeilor și a drepturilor copiilor. Asocierea drepturilor femeilor și a drepturilor copiilor în documentele ASEAN în materia drepturilor omului exprimă, din punctul nostru de vedere, o cauză culturală. Confucianismul și Islamul reprezintă principalele curente religioase la nivel regional care avansează subordonarea femeilor prin circumscrierea lor sferei private și rolului de mamă. Cu privire la acest aspect, considerăm că este necesar ca ASEAN să elaboreze norme orientate în mod exclusiv asupra drepturilor femeilor (indiferent de statutul lor maternal), cu finalitatea consolidării egalității de gen. În aceeași ordine de idei documentele ASEAN în materia protecției drepturilor omului (exceptând Declarația ASEAN cu privire la eliminarea violenței împotriva femeilor și la eliminarea violenței împotriva copiilor) nu iau în considerare influența factorului cultural asupra protecției drepturilor femeilor deși, la nivelul declarațiilor oficiale, valorile asiatice au reprezentat argumentul autorităților asiatice pentru segregarea de doctrina vestică în privința protecției drepturilor omului.

Coordonate esențiale ale sistemului național în materia raportului dintre gen și cultură

I. Factorul cultural ca realitate socială în context național¹

La nivel național, clivajul dintre dreptul la identitate al colectivităților minoritare și drepturile individuale ale femeilor este ilustrat în mod edificator prin situația femeilor din comunitatea romă. Clivajul menționat anterior a fost considerat de literatura de specialitate² ca fiind *tensiunea dintre respectarea valorilor multiculturalismului și a cerințelor feminismului referitoare la promovarea egalității între genuri*. În prezenta secțiune ne propunem să avansăm un model analitic asupra factorului cultural care oferă specificul comunității rome, având în vedere modul în care factorul cultural influențează garantarea drepturilor omului în favoarea femeilor și a copiilor de gen feminin.

Integrarea comunității rome în cultura socială și legală românească reprezintă, din punctul nostru de vedere, un obiectiv care până în prezent nu a fost realizat în totalitate. După cum rezultă din documentele oficiale ale statelor membre ale Uniunii Europene³ comunitatea romă se remarcă prin normele patriarhale la care achiesează membrii săi, norme care sunt impuse unilateral asupra femeilor, limitându-le acestora drepturile consacrate prin lege precum dreptul la educație, libertățile sexuale și reproductive, dreptul la sănătate, dreptul la muncă ș.a. Subordonarea femeilor rome reprezintă, la nivelul comunității de apartenență, asumarea rolului de gen feminin rezultat în urma cerințelor sociale impuse prin apel la cultură. În consecință, asumându-și rolul de gen construit cultural, înăuntrul comunității, femeia romă își limitează drepturile, fiind supusă unor situații specifice precum căsătoriile timpurii/aranjate sau forțate⁴, abandonul școlar, imposibilitatea de a avea acces la planificare familială corelată cu imposibilitatea de a utiliza mijloace contraceptive, lipsa de autonomie asupra propriului corp prin negarea posibilității de a alege avortul sau de exercitare liberă a drepturilor sexuale și reproductive, supunerea la violență domestică etc.

Prezentând trăsăturile comunitarismului (al atașamentului membrilor comunității la un ansamblu de reguli culturale) și patriarhatului, comunitatea romă se aseamănă, din punctul nostru de vedere, cu societățile asiatice sau africane, în cadrul fiecărei comunități subordonarea femeilor fiind un dat social argumentat prin apel la factorul cultural. Deoarece cultura legală europeană promovează perspectiva individualistă asupra drepturilor omului în temeiul

¹ Pentru detalii suplimentare asupra subiectului, a se consulta M.B. Berna, *The Rights of Roma women within the European Union: cultural and legal approaches*, lucrare prezentată în cadrul conferinței internaționale International Conference Education and Creativity for a Knowledge Based Society, November 19-21, 2015, publicată în volumul colectiv al conferinței.

² S.O. Moller, *Feminism and Multiculturalism: Some tensions*, Ethics Journal, Chicago University Press, Vol. 108, 1998, pp. 661-684.

³ *Exempli gratia*, Asylum Aid, *Romani Women from Central and Eastern Europe: A 'Fourth World', or Experience of Multiple Discrimination*, March 2002, <https://www.refworld.org/docid/478e3c9c1a.html> pp. 8-210; *Discrimination of Roma Communities, Spain National Report*, Workstream 1 Report NET KARD Project Drafted by Fundación Secretariado Gitano Sara Giménez, Javier Sáez, 2012, pp. 1-47.

⁴ Reiterăm în acest punct al lucrării noastre semnificația celor trei tipuri de căsătorii: în cazul căsătoriilor timpurii cei doi soți nu au împlinit vârsta legală pentru căsătorie; căsătoriile forțate sunt încheiate fără acordul viitorilor soți iar în cazul căsătoriilor aranjate, acordul soților există însă căsătoria este contractată în numele acestora și pentru aceștia de către părinți și/sau terțe persoane.

căreia cultura comunităților este acceptată și promovată însă este limitată de respectarea principiului egalității, integrarea minorității rome pe teritoriul statelor membre ale Uniunii Europene (și, implicit, pe teritoriul României) reprezintă un proces nefinalizat. Apreciem că diferențele culturale evidente au condus la constituirea unei *enclave culturale* aferente comunității rome care invocă factorul cultural pentru justificarea încălcării drepturilor femeilor.

În acest sens, literatura de specialitate¹ a identificat elementul cultural precum cauza stereotipurilor adresate comunității rome. Prin elementele culturale pe care le promovează, comunitatea romă reprezintă *alteritatea* – indivizii țarați din punct de vedere mental și comportamental a căror izolarea se impune.

Imposibilitatea integrării depline a populației rome în comunitatea statului-gazdă determină o situație specifică asupra femeilor rome caracterizată ca și *discriminare multiplă* (sau *intersecțională după cum am argumentat anterior în conținutul lucrării*). Astfel, femeile rome sunt discriminate în funcție de criteriul genului în cadrul comunității de apartenență (deoarece din punct de vedere cultural, rolul de gen alocat femeilor rome este identificat cu subordonarea față de autoritatea masculină) iar, în cadrul comunității majoritare, femeile rome sunt discriminate în funcție de criteriul etniei (apartenența la etnia romă) și criteriul genului – cele două aplicându-se simultan. În cazul descris, suntem în prezența unei forme particulare de *discriminare inter-secțională* întrucât fenomenul discriminatoriu este întâlnit pe două niveluri distincte: (1) la nivelul comunității majoritare – discriminarea presupune aplicarea simultană a criteriilor *gen* și *rasă*; (2) la nivelul comunității de apartenență – discriminarea este realizată exclusiv în funcție de *gen*. După cum am arătat într-o secțiune distinctă a lucrării noastre, *discriminarea inter-secțională* constituie o varietate a *discriminării multiple*: elementul comun între cele două forme de discriminare constă în aplicarea simultană a multiplelor criterii discriminatorii iar diferența specifică dintre cele două forme ale discriminării constă în *modul de acțiune al efectelor produse*. Discriminarea inter-secțională poate atrage, din punctul nostru de vedere, excluderea socială a individului, criteriile discriminatorii acționând simultan și coerent, determinând un *efect sinergic*. În cazul discriminării multiple sunt cumulate mai multe criterii discriminatorii însă acestea nu sunt evaluate în dinamică și nu produc același efect sinergic remarcat de literatura de specialitate. Fiind supuse discriminării inter-secționale, femeile rome experimentează eșecul integrării depline în comunitatea majoritară; pe de altă parte, femeile rome nu sunt considerate indivizi independenți înăuntrul comunității de apartenență.

Cultura patriarhală promovată în comunitatea romă este identificată în multiple dimensiuni ale vieții sociale²: (1) castitatea este o cerință esențială pentru contractarea căsătoriei iar instituția căsătoriei presupune, pentru femeile rome, acceptarea autorității familiei soțului; (2) desfacerea căsătoriei prin divorț presupune returnarea *prețului miresei* plătit de familia mirelui ca o formă de compensare a pierderii suferite de familia miresei; (3) vestimentația și comportamentul femeilor rome trebuie să fie conforme standardelor promovate în comunitate, în caz contrar, femeile pot fi supuse mustrării publice (*marime*); (4) judecata cazurilor de încălcare a normelor culturale ale comunității este realizată de membrii de gen masculin ai

¹ C.I. Ravnbrl, *The Human Rights of Minority Women: Romani Women's Rights from a Perspective on International Human Rights Law and Politics*, International Journal on Minority and Group Rights Vol. 17, 2010, pp. 1-45.

² Pentru detalii suplimentare asupra influențelor culturale asupra drepturilor femeilor rome, a se consulta N. Bitu, C. Morteau, *Are the Rights Of the Child Negotiable? The Case Of Early Marriages Within Roma Communities in Romania*, Bucharest, 2010, ISBN 978-973-139-143-4, pp. 16-42; N. Edden, K.-A. Hughes, E. McCormack, C. Prendergast, *A Study Investigating the Cultural Traditions and Customs of the Romani Community in Gorton, Manchester*, University Of Manchester, 2011, pp. 4-32.

comunității (*tribunalul Kris și judecătorii crisinarea*), femeilor fiindu-le repartizate rolurile de observatori sau martori; (5) persistența tabuurilor sexuale/reproductive conform cărora membrii comunității pot fi contaminați de femeile aflate în perioada de menstruație, lăuzie sau alăptare; (6) restricționarea drepturilor femeilor române la educație și la sănătate prin impunerea timpurie a responsabilităților familiale/casnice.

II. Factorul cultural ca element de modernizare a legislației naționale în domeniul drepturilor femeilor

Cercetarea instrumentelor legale naționale relevante în materia protecției drepturilor femeii ne conduce la concluzia potrivit căreia abordarea aspectelor legate de garantarea diversității culturale și protecția juridică a drepturilor femeii nu sunt abordate în corelație ci separat.

Cu titlu de exemplu, *Constituția României*¹ reglementează în art. 6 dreptul la identitate al persoanelor aparținând minorităților naționale. Semnificația dreptului la identitate aduce în discuție diverse aspecte conceptuale și practice pe care le-am expus într-o altă secțiune a lucrării noastre. În contextul dat, reiterăm că dreptul la identitate implică garantarea persoanelor aparținând minorităților naționale, a posibilității de exprimare a identității etnice, culturale, lingvistice, religioase.

Suntem de părere că dispoziția cuprinsă în art. 6 din Constituție garantează exclusiv multiculturalismul, fără a menționa raportul dintre multiculturalism și egalitatea dintre genuri. Alineatul (2) al art. 6 instituie garanția nediscriminării între cetățenii români și membrii minorităților naționale, fără a lua în considerare drepturile femeilor și modul în care identitatea culturală/etnică a comunității minoritare poate influența drepturile femeilor membre ale comunității. Mai clar, alin. (2) al art. 6 din Constituție se rezumă la a compara dreptul minorităților naționale la identitate cu drepturile cetățenilor români, oferind garanția nediscriminării cetățenilor români prin acordarea dreptului la identitate în favoarea minorităților naționale. Considerăm că prevederile alin. (2) trebuie să fie extinse la problema respectării de către membrii minorităților naționale a drepturilor omului (inclusiv a drepturilor femeilor) astfel cum sunt garantate în legislația statului român. Cu alte cuvinte, este necesară o prevedere expresă în conținutul art. 6 care să tranșeze clivajul dintre cultură și drepturile omului în favoarea celor din urmă. Revenind la cazul femeilor din comunitatea romă, drepturile acestora sunt limitate prin apel la dreptul la identitate al minorităților naționale; astfel devine necesară precizarea conform căreia dreptul la identitate nu poate aduce înfrângere drepturilor omului.

În altă ordine de idei, observăm că în reglementările constituționale, nu există prevederi autonome dedicate egalității între bărbați și femei. Capitolul II din Constituție – *Drepturile și libertățile fundamentale*, secțiunea art. 22-53 nu menționează în mod expres egalitatea dintre bărbați și femei în toate domeniile de activitate. De asemenea, în secțiunea menționată, nu există prevederi care să tranșeze conflictul dintre dreptul la cultură al minorităților naționale și drepturile femeilor ca drepturi ale omului. Analiza detaliată a articolelor cuprinse în Capitolul II din Constituție permite identificarea prevederilor legale referitoare la *egalitate* în general și la egalitatea între bărbați și femei în special: art. 41 alin. (4) menționează dreptul la salariu egal între bărbați și femei pentru muncă de valoare egală; art. 48 alin. (1) stabilește consimțământul liber al soților la încheierea căsătoriei, egalitatea soților pe parcursul căsătoriei.

¹ Modificată și completată prin Legea de revizuire a Constituției nr. 429/2003, republicată de Consiliul Legislativ, adoptată prin referendumul din 18-19 octombrie 2003 și intrată în vigoare la data publicării în Monitorul Oficial al României a Hotărârii Curții Constituționale pentru validarea referendumului național.

Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse și de tratament între femei și bărbați¹ promovează egalitatea dintre bărbați și femei în toate domeniile vieții publice dovedind prin aceasta caracterul cuprinzător de abordare a problemei. Este asigurată nediscriminarea, în mod deosebit, în domeniul muncii, în domeniul participării la viața publică și cu privire la accesul la educație, sănătate, cultură și informare. Caracterul cuprinzător al Legii nr. 202/2002 este demonstrat inclusiv cu privire la clarificările conceptuale referitoare la termeni precum *discriminare directă*, *discriminare indirectă*, *hărțuire*, *hărțuire sexuală*, *acțiuni pozitive*, *muncă de valoare egală*, *discriminare bazată pe criteriul sex*, *discriminare multiplă*, *statut familial*, *statut marital*². Observăm că legea interzice nediscriminarea în funcție de criteriul *sex*, neamintind criteriul *genului*, iar factorul cultural nu este expres menționat. Suntem de părere că se cuvin unele comentarii suplimentare asupra acestor două aspecte. În primul rând, considerăm că integrarea criteriului *gen* în teoria nediscriminării contribuie la îmbunătățirea standardului nediscriminării de la nivel național. După cum am precizat în alte secțiuni ale lucrării noastre, interdicția discriminării în funcție de *gen* ia în considerare rolurile de *gen* alocate femeilor în temeiul constructelor culturale ale societății. Cu alte cuvinte, criteriul *gen* cuprinde diferențierile bio-fizice dintre bărbați și femei promovate de criteriul *sex* dar și diferențierile sociale impuse pe filieră culturală.

În al doilea rând, considerăm că abordarea subsidiară a relației dintre factorul cultural și egalitatea dintre genuri este realizată în art. 15 alin. (2) din Lege, fiind subliniată în acest sens obligația Ministerului Educației Naționale și a instituțiilor specializate din subordine de a oferi îndrumări cu privire la realizarea de instrumente educaționale care să excludă aspectele referitoare la discriminarea dintre sexe precum și modelele/stereotipurile comportamentale negative în ceea ce privește rolul femeilor și bărbaților în viața publică și familială. Conexiunea dintre factorul cultural și protecția drepturilor femeii identificată în prevederile art. 15 alin. (2) din Legea nr. 202/2002 are rolul de a asigura *egalitatea de facto* între bărbați și femei. Exprimarea *modele/stereotipuri comportamentale negative* este similară cu formularea utilizată în Convenția onusiană pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de

¹ Republicată în M. Of. nr. 326 din 5 iunie 2013.

² Clarificările conceptuale sunt oferite de Legea nr. 202/2002, art. 4 lit. a)-j): a) prin discriminare directă se înțelege situația în care o persoană este tratată mai puțin favorabil, pe criterii de sex (...); b) prin discriminare indirectă se înțelege situația în care o dispoziție, un criteriu sau o practică, aparent neutră, ar dezavantaja în special persoanele de un anumit sex în raport cu persoanele de alt sex, cu excepția cazului în care această dispoziție, acest criteriu sau această practică este justificată obiectiv de un scop legitim, iar mijloacele de atingere a acestui scop sunt corespunzătoare și necesare; c) prin hărțuire se înțelege situația în care se manifestă un comportament nedorit, legat de sexul persoanei, având ca obiect sau ca efect lezarea demnității persoanei în cauză și crearea unui mediu de intimidare, ostil, degradant, umilitor sau jignitor; d) prin hărțuire sexuală se înțelege situația în care se manifestă un comportament nedorit cu conotație sexuală, exprimat fizic, verbal sau nonverbal, având ca obiect sau ca efect lezarea demnității unei persoane și, în special, crearea unui mediu de intimidare, ostil, degradant, umilitor sau jignitor; e) prin acțiuni pozitive se înțelege acele acțiuni speciale care sunt întreprinse temporar pentru a accelera realizarea în fapt a egalității de șanse între femei și bărbați și care nu sunt considerate acțiuni de discriminare; f) prin muncă de valoare egală se înțelege activitatea remunerată care, în urma comparării, pe baza acelorași indicatori și a acelorași unități de măsură, cu o altă activitate, reflectă folosirea unor cunoștințe și deprinderi profesionale similare sau egale și depunerea unei cantități egale ori similare de efort intelectual și/sau fizic; g) prin discriminare bazată pe criteriul de sex se înțelege discriminarea directă și discriminarea indirectă, hărțuirea și hărțuirea sexuală a unei persoane de către o altă persoană la locul de muncă sau în alt loc în care aceasta își desfășoară activitatea, precum și orice tratament mai puțin favorabil cauzat de respingerea unor astfel de comportamente de către persoana respectivă ori de supunerea sa la acestea; h) prin discriminare multiplă se înțelege orice faptă de discriminare bazată pe două sau mai multe criterii de discriminare; i) prin statut familial se înțelege acel statut prin care o persoană se afla în relații de rudenie, căsătorie sau adopție cu altă persoană; j) prin statut marital se înțelege acel statut prin care o persoană este necăsătorit/ă, căsătorit/ă, divorțat/ă, văduv/ă.

Femei, în art. 5 lit. a) care stabilește modelul *egalității transformative*. În ambele situații, rezultatul urmărit constă în transformarea situației subordonate a femeilor prin transformarea tiparelor mentale și culturale existente în societate.

Legea nr. 202/2002 a fost modificată și completată prin Legea nr. 229/2015¹, fiind stabilită astfel o nouă perspectivă juridică asupra raportului dintre genuri la nivel social. Remarcăm introducerea, în cadrul conținutului art. 1, a alin. (1)¹ care stabilește responsabilitatea statului cu privire la elaborarea de politici și programe al căror scop să conștie în eliminarea tuturor formelor de discriminare în funcție de criteriul *sex*. De asemenea, apreciem ca inovativă inițiativa de a introduce, prin noua reglementare, a unui cadru principal în funcție de care să fie orientată și realizată activitatea de garantare a egalității între bărbați și femei. Cadru principal introdus prin Legea nr. 229/2015 completează conținutul Legii nr. 202/2002 prin art. 3¹ care stabilește ca direcții fundamentale necesar a fi respectate în procesul garantării egalității dintre bărbați și femei: *principiul legalității*², *principiul respectării demnității umane*³, *principiul cooperării și al parteneriatului*⁴, *principiul transparenței*⁵, *principiul transversalității*⁶.

Suntem de părere că principalul progres adus prin Legea nr. 229/2015 constă în realizarea distincției dintre *gen* și *sex* prin definirea expresă a celor două concepte în art. 4 lit. d²) și d³); în temeiul definițiilor oferite, este reiterată distincția conform căreia *sexul* desemnează ansamblul de trăsături fizice și biologice prin care se definesc femeile și bărbații, în timp ce *genul* reprezintă ansamblul de roluri, comportamente, trăsături și activități pe care societatea le consideră potrivite pentru femei, respectiv pentru bărbați. Considerăm utilă inclusiv completarea conținutului art. 4 prin introducerea literei d¹ care reglementează *hărțuirea psihologică* precum orice comportament necorespunzător, repetitiv și sistematic care se poate manifesta fizic, oral, în scris, afectând personalitatea, demnitatea sau integritatea fizică sau psihologică a unei persoane. În aceeași ordine de idei, observăm completarea cadrului conceptual înscris în art. 4 alin. i¹) prin definirea noțiunii *stereotipuri de gen* ca *sisteme organizate de credințe și opinii consensuale, percepții și prejudecăți în legătură cu atribuțiile și caracteristicile precum și rolurile pe care le au sau ar trebui să le îndeplinească femeile și bărbații*. Includerea expresă în conținutul legal a delimitării conceptuale *gen-sex* este benefică întrucât oferă coordonatele esențiale pentru argumentarea factorului cultural și a incidenței sale asupra drepturilor femeii. În acest punct al lucrării ideea, conform căreia constructul cultural al genului determină limitarea drepturilor femeilor dobândește recunoaștere și validare legală.

În altă ordine de idei, modificările aduse de Legea nr. 229/2015 asupra cadrului instituțional cu atribuții în materia egalității de șanse și de tratament, sunt vizibile în reformularea conținutului Capitolului V astfel încât, atribuțiile Ministerului Muncii, Familiei, Protecției

¹ Publicată în M. Of. nr. 749 din 7 octombrie 2015.

² Conform principiului legalității, este necesară respectarea prevederilor Constituției și a legislației naționale în materie precum și prevederile acordurilor și a altor documente juridice internaționale la care România este parte.

³ Principiul respectării demnității umane garantează fiecărei persoane dezvoltarea liberă și deplină a personalității.

⁴ Potrivit acestui principiu, autoritățile administrației publice locale și centrale colaborează cu societatea civilă și organizațiile neguvernamentale pentru elaborarea, implementarea, evaluarea și monitorizarea politicilor publice și a programelor privind eliminarea tuturor formelor de discriminare pe criteriul *sex*, precum și pentru realizarea *de facto* a egalității de șanse și de tratament între femei și bărbați.

⁵ În temeiul acestui principiu, elaborarea, derularea, implementarea evaluarea politicilor și programelor din domeniu sunt aduse la cunoștința publicului larg.

⁶ Principiul transversalității stabilește că politicile și programele publice care apără și garantează egalitatea de șanse și de tratament între femei și bărbați sunt realizate prin colaborarea instituțiilor și autorităților cu atribuții în domeniul la toate nivelele vieții publice.

Sociale și Persoanelor Vârstnice¹ în domeniul elaborării și aplicării strategiei/a planurilor de acțiune inițiate de Guvern pentru promovarea egalității între femei și bărbați vor fi preluate de Agenția Națională pentru Egalitatea de Șanse între Femei și Bărbați². În mod concret, modificarea art. 23 din Legea nr. 202/2002, în urma adoptării Legii nr. 229/2015, a determinat ca atribuțiile MMFPSPV (primirea plângerilor/reclamațiile al căror obiect constă în încălcarea dispozițiilor aferente principiului egalității de șanse și tratament între bărbați și femei și transmiterea lor instituțiilor competente în privința soluționării; elaborarea de studii, analize, prognoze privind aplicarea principiului egalității de șanse și tratament între bărbați și femei în toate domeniile de activitate; asigurarea schimbului de informații cu organisme europene din domeniul egalității de șanse între bărbați și femei) să fie preluate și extinse de ANES – organism de specialitate al administrației publice centrale. De asemenea, este realizată preluarea atribuțiilor MMFPSPV de către ANES și reconfigurarea lor pe trei direcții: (1) atribuții de strategie, (2) de armonizare și (3) de reprezentare. Considerăm benefică modificarea cadrului instituțional în domeniul asigurării egalității între sexe dat fiind faptul că prin reînființarea ANES – ca structură specializată în problemele asigurării egalității de șanse și tratament – și preluarea de către ANES a atribuțiilor MMFPSPV, se produce rezultatul îmbunătățirii gradului de monitorizare a problemelor privitoare la egalitatea dintre genuri.

Finalmente, este necesar să subliniem că modificarea cadrului instituțional realizată prin Legea nr. 229/2015 atrage modificări și asupra Comisiei Naționale în Domeniul Egalității de Șanse între Bărbați și Femei³. Aceasta din urmă își va desfășura activitatea sub coordonarea ANES, secretarul de stat ANES îndeplinind concomitent și funcția de președinte CONES. De asemenea, ANES va fi implicată în elaborarea regulamentului de organizare și funcționare a CONES.

Ordonanța Guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare⁴ abordează în integralitate fenomenul discriminării, oferind, în art. 2 alin. (1), o definiție cuprinzătoare fenomenului discriminării⁵, incluzând *sexul* în enumerarea criteriilor discriminatorii. În cazuri particulare precum definirea fenomenului *hărțuirii* în art. 2 alin. (5), criteriul discriminatoriu utilizat este cel al *genului*⁶. Prin cercetarea formelor O.G. nr. 137/2000 înainte de momentul republicării din anul 2014 și ulterior republicării, am observat că definirea hărțuirii prin introducerea criteriului discriminatoriu al genului este identică în ambele forme. Studiul integral al Ordonanței ne conduce la concluzia potrivit căreia utilizarea

¹ *Brevitatis causa*, vom folosi pe parcursul lucrării noastre acronimul MMFPSPV pentru a desemna Ministerul Muncii, Familiei, Protecției Sociale și Persoanelor Vârstnice.

² *Brevitatis causa*, vom folosi pe parcursul lucrării noastre acronimul ANES pentru a desemna Agenția Națională pentru Egalitatea de Șanse între Femei și Bărbați.

³ *Brevitatis causa*, vom folosi pe parcursul lucrării noastre acronimul CONES pentru a desemna Comisia Națională în Domeniul Egalității de Șanse între Femei și Bărbați.

⁴ Publicată în M. Of. nr. 431 din 2 septembrie 2000, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 48/2002, publicată în M. Of. nr. 69 din 31 ianuarie 2002. Ordonanța a fost modificată și completată prin O.U.G. nr. 19/2013, publicată în M. Of. nr. 183 din 2 aprilie 2013 și prin Legea nr. 61/2013 publicată în M. Of. nr. 158 din 25 martie 2013. Ordonanța a fost republicată în M. Of. nr. 166 din 7 martie 2014.

⁵ Potrivit prezentei ordonanțe, prin *discriminare* se înțelege orice deosebire, excludere, restricție sau preferință, pe bază de rasă, naționalitate, etnie, limbă, religie, categorie socială, convingeri, sex, orientare sexuală, vârstă, handicap, boală cronică necontagioasă, infectare HIV, apartenența la o categorie defavorizată, precum și orice alt criteriu care are ca scop sau efect restrângerea, înlăturarea recunoașterii, folosinței sau exercitării, în condiții de egalitate, a drepturilor omului și a libertăților fundamentale sau a drepturilor recunoscute de lege, în domeniul politic, economic, social și cultural sau în orice alte domenii ale vieții publice.

⁶ Constituie *hărțuire* și se sancționează contravențional orice comportament pe criteriu de rasă, naționalitate, etnie, limbă, religie, categorie socială, convingeri, *gen*, orientare sexuală, apartenență la o categorie defavorizată, vârstă, handicap, statut de refugiat ori azilant sau orice alt criteriu care duce la crearea unui cadru intimidant, ostil, degradant ori ofensiv.

criteriului discriminatoriu al genului în definirea hărțuirii constituie un caz izolat întrucât pe parcursul articolelor din ordonanță observăm că cele două criterii studiate: *genul și sexul* nu sunt folosite în mod interșanjabil. Suntem de părere că lipsa utilizării în mod interșanjabil a criteriilor *sex* și *gen* este benefică, având în vedere semnificația diferită a celor două concepte. Pentru corecta tranșare a situației întâlnite în definirea hărțuirii, considerăm adecvată completarea listei criteriilor discriminatorii utilizată în definiția discriminării realizată în art. 2 alin. (1), în scopul cuprinderii criteriului *sex* și a criteriului *gen*.

Din punct de vedere structural, Ordonanța este organizată în funcție de domeniile în care este promovată nediscriminarea (în acest sens, distingem între *egalitatea în activitatea economică și în materie de angajare și de profesie* – secțiunea I, *accesul la serviciile publice administrative și juridice, de sănătate, alte servicii, bunuri și facilități* – secțiunea II, *accesul la educație* – secțiunea III, *libertatea de circulație, dreptul la libera alegere a domiciliului și accesul în locurile publice* – secțiunea IV, *demnitate personală* – secțiunea V), criteriul discriminatoriu al sexului fiind prezent în fiecare domeniu analizat. Cu toate acestea remarcăm lipsa unei secțiuni dedicate egalității între bărbați și femei înlăuntrul căreia ar putea fi clarificată distincția dintre cele două criterii discriminatorii și ar putea fi inclus factorul cultural ca element de analiză în discriminarea femeilor aparținând comunităților minoritare.

*Legea nr. 217/2003 pentru prevenirea și combaterea violenței în familie*¹ răspunde prin prevederile sale înlăturării discriminărilor împotriva femeilor care s-au impus în urma segregării între sfera publică și sfera privată. Tiparele de gândire patriarhală au circumscris, în perspectivă istorică, drepturile și atribuțiile femeilor în sfera privată iar sfera publică a fost alocată responsabilităților masculine. Modificarea legislativă realizată prin normele Legii nr. 25/2012 – pentru modificarea și completarea Legii referitoare la prevenirea și combaterea violenței în familie, aduce în lumină raportul dintre gen și cultură. Astfel, art. 1¹ introdus prin Legea nr. 25/2012 (corespunzător art. 2 din Legea nr. 217/2003) stabilește, la lit. f) aplicarea principiului egalității de șanse și tratament în protecția și promovarea drepturilor victimelor violenței în familie. Considerăm pertinentă această modificare legislativă întrucât, din punct de vedere istoric, drepturile femeilor au fost încălcate în sfera privată deoarece nu exista un cadru legal coerent în materia violenței domestice. În aceeași ordine de idei, urmărind obiectivul aplicării eficiente a Legii nr. 217/2003, Legea nr. 25/2012 a introdus în art. 2¹, 2² și 2³ (corespunzătoare art. 4, 5, 6 din Legea nr. 217/2003) clarificări conceptuale referitoare la *formele violenței domestice (sunt marcate următoarele dimensiuni: violența verbală, psihologică, fizică, sexuală, economică, socială, spirituală)*, noțiunea de „membru de familie”, drepturile victimei violenței în familie.

Consacrarea în *Capitolul II – Instituții cu atribuții în prevenirea și combaterea violenței în familie (art. 8-14)* și în *Capitolul III – Unități pentru prevenirea și combaterea violenței în familie (art. 15-22)* din Legea nr. 217/2003 – a unui cadru instituțional care să fie investit cu atribuții și responsabilități în materia protecției victimelor violenței în familie stabilește premisele necesare pentru determinarea schimbării modului de gândire al indivizilor prin raportare la subiectul violenței domestice. Exemplificativ, menționăm că centrele de primire în regim de urgență și centrele de recuperare pentru victimele violenței în familie asigură, în temeiul art. 17 alin. (2) și a art. 18 alin. (1), consiliere psihologică victimelor supuse violenței domestice. De asemenea, conform art. 19 sunt prevăzute pentru agresori centre specializate care asigură reabilitarea, reinserția socială, măsuri educative și măsuri de consiliere. Modificarea tiparelor comportamentale abuzive este îndeplinită în mod concret prin activitatea întreprinsă de centrele pentru servicii de informare și sensibilizare a populației a căror activitate este reglementată în temeiul art. 21 din Legea nr. 217/2003.

¹ Republicată în M. Of. nr. 205, din 24 martie 2014. Menționăm că Legea nr. 25/2012, publicată în M. Of. nr. 165 din 13 martie 2012, a modificat și completat Legea nr. 217/2003.

În lumina celor expuse până în acest punct al lucrării noastre, factorul cultural analizat în conexiune cu prevederile referitoare la drepturile femeilor se raportează atât la statutul femeilor din minoritățile naționale cât și la tiparele de gândire culturale promovate în societate cu finalitatea de a menține stereotipuri de gen, stabilind statutul subordonat al femeilor.

III. Contribuții ale factorului cultural la (re)configurarea jurisprudenței naționale

Aplicarea conexiunii dintre factorul cultural și protecția juridică a drepturilor femeii în plan jurisprudențial determină discuția asupra *apărării culturale* – instituție juridică inovatoare desprinsă din sistemul american de protecție a drepturilor omului. În context național, deși principiul protecției identității comunităților minoritare este garantat și, prin acesta, principiul multiculturalismului, apărarea culturală nu a fost recunoscută *de jure* ca instituție de sine stătătoare. După cum am prezentat în secțiunea dedicată explicării conceptelor științifice relevante cercetării, apărarea culturală presupune invocarea, în fața instanțelor de judecată, a apartenenței culturale (înțelesă *lato sensu* precum apartenența la o comunitate religioasă, etnică ș.a.) în vederea *exonerării* făptuitorului de răspundere juridică sau în vederea *atenuării* răspunderii juridice a făptuitorului. Luăm în considerare în cele ce urmează includerea factorului cultural în categoria cauzelor facultative de atenuare a pedepsei.

Reiterăm în acest punct al lucrării noastre faptul că în raport cu subiectul apărării culturale, exprimăm ideea unei potențiale reglementări oficiale a acesteia, sub forma unui factor de atenuare a răspunderii juridice sub condiția ca speța analizată să aducă în discuție aspecte de ordine privată. Suntem de părere că apartenența culturală a individului determină modul său de gândire și acțiune. Mai mult decât atât, în paralelismul – drept cutumiar (ca ansamblu de norme ale comunității culturale de apartenență) și drept oficial (ca ansamblu de norme oficiale ale statului-gazdă al comunităților culturale minoritare), individul se confruntă cu *dilema morală a dreptului aplicabil*.

Într-adevăr, alegerea dreptului aplicabil poate constitui o dificultate de conștiință pentru individul aparținând comunității culturale minoritare, întrucât respectarea normelor cutumiare și a normelor oficiale este de cele mai multe ori imposibilă cele două categorii de norme aflându-se în conflict. În acest context, alegerea normelor cutumiare (*exempli gratia*, în cazul comunității rome, supunerea femeilor la căsătorii timpurii sau la căsătorii forțate, plata prețului miresei) intră în conflict cu normele dreptului oficial care interzic practicile promovate pe filieră culturală. Reglementarea *in expressis* a apartenenței culturale a făptuitorului la o anumită minoritate culturală ca circumstanță de atenuare a pedepsei (de natură facultativă) exprimă, în opinia noastră, luarea în considerare a specificului cultural al comunității în cauză și a modului în care acesta influențează acțiunile justițiabililor aparținând minorităților culturale în cauză. Cu toate acestea, în cazurile expuse anterior (căsătorii forțate, căsătorii aranjate), aspectele penale sunt evidente iar aplicarea apărării culturale ca și factor atenuator de răspundere ar genera probleme referitoare la *echitatea judecății*.

Potențialul impact al factorului cultural asupra instanțelor naționale constituie o problemă care se impune a fi exemplificată ulterior explicațiilor teoretice aduse. Este demn de menționat că nu vom proceda în rândurile următoare la o analiză jurisprudențială riguroasă în susținerea ideii impactului adus de factorul cultural asupra drepturilor femeilor aparținătoare minorităților culturale, deoarece modificarea coordonatelor penale legale limitează această posibilitate.

În mod concret, *Legea nr. 286/2009 privind noul Cod penal*¹ a oferit un nou cadru legal care, în mod firesc, a reprezentat temeiul unei noi ordini jurisprudențiale la nivel național.

¹ Publicată în M. Of. nr. 510 din 24 iulie 2009, intrată în vigoare de la 1 februarie 2014.

Acest aspect a limitat posibilitatea de a realiza un studiu coerent care să integreze analiza de spețe reprezentative pentru subiectul relaționării factorului cultural și al factorului legal în materia drepturilor femeilor (*exempli gratia*, spețe al căror obiect să privească evaluarea, din punct de vedere penal, a instituțiilor căsătoriilor timpurii sau a căsătoriilor forțate realizate la nivelul comunității rome). Fără a urmări obiectivul evidențierii aspectelor pur tehnice, de ordin penal, considerăm necesară precizarea conform căreia modificarea penală legislativă reglementează în mod expres criteriile generale de individualizare a pedepsei, stabilind criteriul referitor la nivelul de educație, vârsta, starea de sănătate, situația familială și socială a făptuitorului.

Considerăm că lista acestor criterii poate fi completată cu *apartenența culturală a făptuitorului*. Această propunere constituie, din punctul nostru de vedere, un compromis relativ la *reglementarea oficială a apărării culturale*. Susținem punctul de vedere conform căruia apărarea culturală nu poate fi invocată în relație cu cauzele penale, având în vedere că normele de drept penal constituie norme imperative, de ordine publică. În aceste condiții, apărarea culturală este o instituție pertinentă în cauzele care abordează aspecte de drept privat. Cu toate acestea, revenind la prevederile Codului Penal, apreciem că există posibilitatea de a adăuga *apartenența culturală a făptuitorului* în rândul criteriilor de individualizare a pedepsei întrucât apartenența culturală este în strânsă legătură cu alte criterii expres menționate în Cod precum *situația familială și situația socială a făptuitorului*.

La nivel doctrinar¹, preferința instanțelor naționale de a accepta factorul cultural ca circumstanță atenuantă de răspundere este argumentată cu privire la situația căsătoriilor forțate/aranjate ale femeilor din comunitatea romă. În lucrarea citată, autoarea realizează o cercetare a cauzelor judecate în anul 2007 aparținând Judecătoriei Râmnicu Sărat, 3 spețe din anul 2008 provenind de la Judecătoria Buzău și de la Judecătoria Pogonele. În urma cercetării motivărilor oferite de instanțele de judecată, rezultă în mod evident acceptarea factorului cultural ca element atenuator de răspundere. Instanțele au subliniat în soluționarea cazurilor apartenența părților din litigiu la etnia romă, atribuind specificului cultural al comunității în cauză situațiile referitoare la căsătoriile timpurii sau la căsătoriile aranjate.

Deși ideea formalizării apărării culturale constituie un element inovator (atât la nivel legal cât și la nivel jurisprudențial), obținerea unei soluții pertinente în domeniu poate fi apreciată ca dificilă. Aplicarea apărării culturale în relație cu aspecte de drept penal care limitează drepturile femeilor (precum căsătorii forțate, căsătorii timpurii, crime de onoare – concretizate inclusiv în uciderea femeii pentru nerespectarea normelor culturale ale comunității în cauză) poate determina *inechitatea*, fiind încălcate, pe această cale, norme imperative, de ordine publică. Pe de altă parte, formalizarea apărării culturale în materie civilă, poate reprezenta o inițiativă fezabilă.

IV. Acțiuni naționale de transpunere a normelor internaționale în domeniul egalității de gen și în domeniul prevenirii și combaterii violenței

Abordarea factorului cultural în contextul analizei relației dintre drepturile femeii și fenomenul discriminării reprezintă un demers de cercetare dificil. Pe de o parte, normele culturale modelează mentalul individual și colectiv într-un mod mai profund decât normele dreptului pozitiv dat fiind faptul că, respectarea primelor survine firesc, cultura fiind primordial încifrată în spiritul uman în timp ce aplicarea dreptului pozitiv rezultă urmare a

¹ M.O. Constantin, *Clauza culturală în jurisprudența penală din România. Cazul mariajelor timpurii în comunitățile rome tradiționale*, în Noua Revistă de Drepturile Omului, Ed. C.H. Beck, București, nr. 3/2011, pp. 21-35.

impunerii externe prin forța de coerciție a statului. În acest punct este reflectată în mod hotărâtor incongruența dintre cultură și drept: orice posibilă încheitate cuprinsă în norma culturală este acceptată în mod facil de societate, fiind percepută ca o reverberație a spiritului colectiv arhaic în timp ce norma de drept – deși prezumată a fi echilibrată, tinde să fie eludată, fiind promotoarea a formalismului și coerciției sociale prin care individul se îndepărtează de starea spirituală inițială.

În condițiile în care normele culturale beneficiază de un grad mai ridicat de promovare și acceptare în societate în temeiul sorginii lor ancestrale, favorizând prin aceasta încălcările drepturilor femeii, se impune ca normele de drept pozitiv să fie reformate, prin adeviziunea acestora la standarde și garanții regionale și internaționale care să permită afirmarea unei culturi autonome – cea a *drepturilor omului*. Logica reformatoare a culturii a fost implementată la nivel național prin asumarea angajamentelor regionale și internaționale în materia protecției drepturilor femeilor. Abordarea acestei arii tematice s-a produs prin raportare la două problematici esențiale, direct influențate de factorul cultural: *discriminarea și violența*.

Convenția ONU asupra Eliminării Tuturor Formelor de Discriminare Față de Femei, adoptată de Adunarea Generală a ONU prin Rezoluția 34/180 din 18 decembrie 1979 și intrată în vigoare la 3 septembrie 1981 a fost ratificată de România la 26 noiembrie 1981 prin Decretul nr. 342, publicat în B. Of. nr. 94 din 28 noiembrie 1981.

Actul ratificării Convenției a produs în sarcina României angajamente în 2 dimensiuni: *transpunerea, la nivel național, a principiilor și drepturilor conținute în Convenție* respectiv *monitorizarea aplicării prevederilor Convenției în acord cu dispozițiile art. 17 pct. 1 (În scopul examinării progreselor realizate în aplicarea prezentei Convenții, se constituie un Comitet pentru eliminarea discriminării față de femei (denumit în continuare Comitet)*.

Fiind interconectate, transpunerea și monitorizarea normelor internaționale presupun comunicarea și cooperarea dintre autoritățile și instituțiile naționale cu atribuții relevante în domeniul drepturilor femeilor și Comitetul.

Cea mai recentă acțiune întreprinsă în cadrul relației dintre autoritățile naționale și Comitet s-a produs în data de 6 iulie 2017 când Comitetul a evaluat rapoartele naționale nr. 7 și 8 prezentate de România în cadrul reuniunilor de lucru ale Comitetului nr. 1506 și 1507. Rapoartele combinate au fost prezentate în cadrul procedurii simplificate de raportare, consecință a evaluării acestora, Comitetul a formulat recomandări¹ care vizează principalele aspecte neadresate sau insuficient adresate de România în procesul de implementare a Convenției.

Documentul oficial cuprinzând recomandările Comitetului abordează secvențial și restricționat problema factorului cultural și al modului în care acesta influențează garantarea drepturilor femeilor la nivel național. Există un număr redus de recomandări ale Comitetului care abordează în mod direct relația dintre practicile culturale și garantarea drepturilor femeilor: (1) recomandarea referitoare la studierea gradului de diseminare și al consecințelor căsătoriei forțate și timpurii astfel încât să fie adoptate măsuri urgente pentru a preveni astfel de căsătorii, prin creșterea gradului de conștientizare cu privire la impactul extrem de negativ al acestei practici dăunătoare asupra fetelor, în conformitate cu Recomandarea generală comună nr. 31 a Comitetului pentru Eliminarea Discriminării Împotriva Femeilor și Comen-tariul general nr. 18 al Comitetului pentru Drepturile Copilului privind practicile dăunătoare (2014). Modificarea legislației pentru eliminarea excepțiilor care permit căsătoria sub vârsta de 18 ani și urmărirea penală și pedepsirea în mod adecvat a autorilor acestor practici dăunătoare; (2) accelerarea revizuirii manualelor școlare pentru eliminarea stereotipurilor

¹ Recomandările Comitetului sunt incluse în documentul cu titlul *Observații finale privind rapoartele periodice combinate 7 și 8 ale României* adoptat de Comitet în cadrul celei de-a 67-a sesiune desfășurată în perioada 3-21 iulie 2017.

discriminatorii pe criterii de gen și etnice, de natură să includă module obligatorii privind educația pe problemele de gen în programele școlare și să ofere cadrelor didactice formare în domeniul egalității de gen; (3) includerea, în noua Strategie privind Egalitatea de Șanse între Femei și Bărbați și Violența Domestică, de măsuri proactive și susținute, care vizează femeile și bărbații de la toate nivelurile societății, inclusiv actorii non-statali și partidele politice, să elimine stereotipurile discriminatorii privind rolurile și responsabilitățile femeilor și bărbaților din familie și din societate, să încurajeze mass-media să promoveze egalitatea de șanse între femei și bărbați în viața publică și privată și să interzică imaginile degradante ale femeilor în mass-media, prin modificarea Politicii Naționale a Audiovizualului.

Apreciind caracterul complex al factorului cultural este demn de menționat că acesta se reflectă în totalitatea aspectelor sociale, determinând posibilitatea identificării acestuia, pe cale indirectă, în conținutul altor reglementări ale Comitetului. Astfel, impactul produs de factorul cultural asupra promovării și protecției drepturilor femeii este observat inclusiv prin recomandări formulate de Comitet în *domeniul traficului de ființe umane* (adoptarea unei noi Strategii împotriva Traficului de Ființe Umane, care să prioritizeze măsurile menite să îmbunătățească situația socială și economică a femeilor pentru a elimina vulnerabilitatea lor față de trafic și prin identificarea potențialelor victime și facilitarea reintegrării victimelor pe toate planurile. Punctul central de interes să-l constituie grupurile vulnerabile, cum ar fi femeile din mediul rural și cele rome, lucrătoarele migrante fără documente și fetele exploatate prin cerșetorie, inclusiv fetele victime ale exploatării sexuale):

în relație cu fenomenul prostituției (abordarea cauzelor profunde ale exploatării femeilor și fetelor în prostituție, inclusiv sărăcia, să ofere acestor femei programe educaționale prin care să-și îmbunătățească nivelul de educație, oportunitățile alternative de venit, precum și programe de părăsire a acestei practici pentru femeile care doresc acest lucru);

în legătură cu participarea la viața publică și la procesul decizional (studierea cauzelor care împiedică participarea femeilor la viața publică și politică, elaborarea de strategii pentru depășirea unor astfel de bariere, acordarea unei atenții speciale femeilor aparținând grupurilor minorităților etnice);

referitor la ocuparea forței de muncă (crearea de oportunități pentru femei de a avea acces la locuri de muncă oficiale, în special în zonele rurale, garantarea participării acestora la sistemul de pensii, accelerarea punerii în aplicare a planurilor de promovare a repartizării egale a responsabilităților casnice și familiale între bărbați și femei și numărul de facilități de îngrijire a copiilor, la prețuri accesibile și de înaltă calitate în întreaga țară; abordarea urgentă a provocărilor întâlnite, pentru a se asigura că mamele singure beneficiază de indemnizații adecvate și la timp pentru copii și familii și că femeile care nu sunt remunerate pentru munca lor sau care lucrează în sectorul neoficial, atât în zonele rurale, cât și în zonele urbane, au acces la astfel de indemnizații);

în privința drepturilor sexuale și reproductive (adoptarea de măsuri pentru implementarea Studiului Sănătății Reprodusei, a Strategiei Naționale pentru Sănătatea Reprodusei și Sexualității și a Programului național de planificare familială și introducerea educației obligatorii, conform vârstei, privind sănătatea sexuală și reproductivă în programa școlară, inclusiv formele moderne de contracepție și de prevenire a bolilor cu transmitere sexuală, asupra riscurilor de avort în condiții nesigure și asupra naturii penale a violenței sexuale și a violenței bazate pe criterii de gen; asigurarea accesului liber și adecvat la serviciile privind avortul legal și post-avort tuturor femeilor din Statul parte, asigurându-se inclusiv de faptul că instituțiile sunt împiedicate de lege să ridice obiecții legate de conștiință, definind motivele admisibile pentru formularea unor astfel de obiecții de către cadrele medicale și garantând recomandări obligatorii în cazurile de obiecții de conștiință din partea personalului medical. De asemenea, creșterea gradului de conștientizare cu privire la mijloacele de contracepție și la drepturile la sănătatea reproductivă, precum și garantarea disponibilității și accesibilității

tuturor formelor moderne de contracepție pentru toate femeile și fetele, inclusiv pentru cele din grupurile dezavantajate);

în domeniul sprijinirii drepturilor femeilor din mediul rural (dezvoltarea de programe specifice de creștere a conștientizării în rândul femeilor, bărbaților, fetelor și băieților din mediul rural, cu privire la importanța participării egale a femeilor și a fetelor la viața publică și politică, care să vizeze depășirea stereotipurilor discriminatorii pe criterii de gen și eliminarea violenței împotriva femeilor din mediul rural), precum și în sfere de acțiune conexe celor enunțate anterior.

Unul dintre cele mai importante raționamente în vederea depășirii mentalităților retrograde proliferate în societate în conexiune cu statutul femeilor rezidă în *educație*. Practicile culturale dăunătoare drepturilor femeilor pot fi trecute în subsidiar în cadrul unei societăți democratice prin intermediul unor mijloace adecvate menite să *modifice structura personalității individuale* și să creeze un climat social de înțelegere și toleranță. În relația dintre *formare* și *transformare*, prioritizarea se face în favoarea primei. În consecință, la nivel educațional și, cu precădere, la nivel școlar, preocuparea esențială trebuie să fie aceea de a *forma* în indivizii în spiritul respectării drepturilor femeii; corijarea comportamentelor negative sau discriminatorii față de femei se impune pentru indivizii având un nivel de vârstă superior față de cei aflați la vârsta școlarizării.

Mijloacele recomandate de Comitet României pentru a consolida *protejarea și promovarea drepturilor femeii* vizează, în principal, 3 paliere de acțiune: (1) îmbunătățirea infrastructurii școlare în zonele rurale, inclusiv în zonele în care trăiesc comunitățile de romi și comunitățile dezavantajate din punct de vedere economic, pentru a reduce și elimina disparitățile în ceea ce privește accesul și finalizarea învățământului obligatoriu, eliminarea segregării în clasă și sporirea oportunităților de învățare incluzivă (...); (2) consolidarea formării cadrelor didactice cu privire la drepturile femeilor și egalitatea de gen și finalizarea revizuirii continue a manualelor școlare pentru a se asigura că rolurile istorice și contribuțiile femeilor, inclusiv ale femeilor rome, la cultura și știința românească sunt reflectate în mod adecvat; (3) prioritizarea eliminării stereotipurilor tradiționale și a barierelor structurale care ar putea descuraja fetele să se înscrie în domenii de studiu tradiționale dominate de bărbați, cum ar fi știința și tehnologia, să intensifice eforturile de a oferi fetelor consiliere în carieră cu privire la domeniile de activitate netradiționale și să încurajeze participarea la formare profesională non-stereotipică.

Luând în considerare faptul că *formarea în spiritul respectării drepturilor femeii* dar și *modificarea tiparelor mentale sau comportamentale* contrare egalității de gen sunt *demersuri evolutive*, proiectate pentru un orizont temporal extins, *instrumentele politico-juridice adecvate implementării acestor obiective sunt indicate într-o recomandare distinctă a Comitetului referitoare la adoptarea de măsuri specifice*. În rândul acestora din urmă se evidențiază *măsurile speciale temporare* (având ca scop accelerarea realizării unei egalități considerabile pentru acele grupuri care continuă să se confrunte cu forme intersectate de discriminare în Statul parte pentru a asigura accesul la educație, servicii sociale, asistență medicală și asigurări pentru femeile de etnie romă, femeile migrante, femeile cu dizabilități și femeile care trăiesc cu HIV/SIDA) și *măsuri de interzicere a formelor de discriminare intersectată la nivelul strategiilor și politicilor guvernamentale*.

Actualmente România se poziționează în perioada ulterioară recomandărilor formulate de Comitet, preocupările de la nivel național în domeniul egalității de gen fiind orientate către *evaluarea gradului de implementare al recomandărilor la nivel legislativ*. Implementarea factorului cultural în algoritmul juridic prezintă dificultăți indiscutabile cu atât mai mult cu cât luarea în considerare a factorului cultural la nivelul discursului pentru consolidarea protecției drepturilor femeii vizează *formarea corectă a tiparelor mentale și comportamentale în domeniu prin apel la educație sau corectarea deficiențelor de percepție socială*. Mediul juridic este

pertinent pentru modelarea socială care se impune în vederea echilibrării relațiilor dintre genuri la nivelul societății. Conform recomandărilor Comitetului, *Parlamentul, în conformitate cu mandatul său, trebuie să ia măsurile necesare în ceea ce privește punerea în aplicare a prezentelor observații finale între această dată și următoarea perioadă de raportare în temeiul Convenției*. În aceste condiții, recomandările Comitetului au fost transpuse pe cale legislativă sau prin politici naționale – acestea din urmă fiind evidențiate în conținutul strategiilor naționale specializate.

La nivel național, sub coordonarea Agenției Naționale pentru Egalitate de Șanse între Femei și Bărbați, au fost adoptate, prin H.G. nr. 365/2018¹ au fost aprobate documente programatice: Strategia națională privind promovarea egalității de șanse între femei și bărbați și prevenirea și combaterea violenței domestice pentru perioada 2018-2021 precum și Planul operațional pentru perioada 2018-2021 pentru implementarea Strategiei. Acestea au vocația de a stabili și prezenta *principii, obiective, direcții de acțiune, evaluare statistică* în domeniile prevenirii și combaterii discriminării și a violenței.

Strategia constituie un demers oficial al statului prin care se oferă un răspuns la recomandările Comitetului – aspect care determină corespondențe multiple dintre prevederile Strategiei și cele conținute în recomandări. Strategia națională privind promovarea egalității de șanse între femei și bărbați și prevenirea și combaterea violenței domestice pentru perioada 2018-2021 descrie măsurile prognozate a fi implementate la nivel intern în orizontul de timp 2018-2021 astfel încât România să beneficieze de un cadru în acord cu exigențele care decurg din Convenția ONU privind Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare Față de Femei, din recomandările Comitetului instituit în temeiul Convenției sau din prevederile Convenției de la Istanbul sau cele ale Agendei 2030 pentru Dezvoltare Durabilă.

Spre deosebire de cele două Convenții menționate anterior, *Agenda 2030 pentru Dezvoltare Durabilă* este un program de acțiune globală care se adresează statelor dezvoltate și statelor în curs de dezvoltare. Obiectivul 5 din Agendă – realizarea egalității de gen și împuternicirea tuturor femeilor și fetelor este reiterat și detaliat în conținutul Strategiei naționale, prin aceasta recunoscându-se în mod implicit relevanța prevederilor Agendei în procesul de reconfigurare a cadrului legislativ românesc.

Conform Agendei, obiectivului 5 îi sunt circumscrise sub-obiective strategice care converg către realizarea obiectivului central: eradicarea tuturor formelor de discriminare împotriva tuturor femeilor și fetelor; eliminarea tuturor formelor de violență împotriva tuturor femeilor și fetelor, inclusiv în domeniul public și privat, în ceea ce privește: traficul de persoane, exploatarea sexuală sau alte tipuri de exploatare; eliminarea practicilor vătămătoare cum ar fi: căsătoria timpurie a copiilor, căsătoria forțată și mutilarea genitală a femeilor; recunoașterea și valorizarea muncii neretribuite din sfera de îngrijire și muncă domestică prin furnizarea de servicii publice, politici de infrastructură și protecție socială și promovarea partajării responsabilității în cadrul gospodăriei și familiei, după caz, la nivel național; asigurarea participării depline și efective a femeii și a egalității de șanse la conducere, la toate nivelurile de decizie în viața politică, economică și publică; asigurarea accesului universal la sănătatea sexuală și reproductivă și drepturile reproductive așa cum sunt prevăzute în Programul de Acțiune al Conferinței Internaționale a Populației și Dezvoltării și Platformei de Acțiune de la Beijing și documentele rezultate în cadrul conferințelor de revizuire; realizarea de reforme care să acorde femeii drepturi egale la resursele economice, precum și acces la proprietate și control asupra terenului și altor forme de proprietate, servicii financiare, moștenire, și resurse naturale, potrivit legilor naționale; creșterea utilizării tehnologiei, în special a tehnologiei informației și comunicațiilor în scopul promovării împuternicirii femeii; adoptarea și

¹ H.G. nr. 365/24.05.2018, publicată în M. Of. nr. 465/06.06.2018.

consolidarea unor politici solide și întărirea legislației aplicabile pentru promovarea egalității de șanse și împuternicirea tuturor femeilor și fetelor la toate nivelurile.

Din punct de vedere structural, Strategia este organizată pe două dimensiuni, sintetizate astfel: Pilonul I *Egalitate de șanse și de tratament între femei și bărbați* și Pilonul II *Prevenirea și combaterea violenței domestice*. Acțiunile preconizate pentru susținerea Pilonului referitor la Egalitatea de șanse și de tratament între bărbați și femei nu sunt exhaustive și privesc punctual și direct anumite obiective declarate în mod expres în cuprinsul Strategiei.

Macro-obiectivele structurate în jurul primului Pilon al Strategiei privește 3 aspecte: (1) promovarea unor măsuri pentru educarea tinerei generații, asigurarea accesului universal al fetelor și femeilor la sănătatea sexuală și reproductivă și drepturile reproductive și creșterea numărului femeilor pe piața muncii și sprijinirea natalității prin introducerea noțiunilor privind conceptul de egalitate de șanse între femei și bărbați în curriculum școlar; (2) promovarea unor măsuri pentru concilierea vieții profesionale cu viața de familie și cea privată; (3) promovarea unor măsuri de încurajare a participării femeilor la procesul de decizie.

Indiferent de obiectivele (generale sau specifice) la care ne raportăm sau la ariile de intervenție identificate, Strategia avansează un raționament propriu de abordare a problematicilor asociate egalității de gen și nediscriminării între bărbați și femei care constă în: stabilirea ariilor de intervenție și a măsurilor specifice corespunzătoare, identificarea resurselor financiare și umane adecvate pentru implementarea măsurilor și a obiectivelor declarate. Observăm că factorul cultural este reflectat în toate direcțiile de acțiune, respectiv în obiectivele secundare aferente fiecăreia dintre acestea. Practicile culturale dăunătoare drepturilor femeii pot fi prevenite și contracarate prin *educație* (ne referim la măsurile adoptate în materia educației formale); *instrumentând modificări de paradigmă în domeniile de acțiune fundamentale* (accentuarea sănătății sexuale și reproductive; consolidarea poziției de antreprenor a femeii în societate și pe piața muncii; inserarea elementului gen în acțiunile oficialilor naționali); *sau prin intermediul cultivării unor noi tipare comportamentale* (măsuri de conciliere a vieții private și profesionale etc.).

Construind o platformă de acțiune viabilă prin responsabilizarea actorilor naționali relevanți în domeniul drepturilor omului și prin selectarea unor indicatori adecvați cercetării, Strategia organizează Pilonul egalității de șanse și al nediscriminării pe arii de intervenție (educația, sănătatea, piața muncii, participarea echilibrată la decizie, abordarea integratoare de gen) și pe obiective specifice (creșterea gradului de conștientizare a copiilor și tinerilor cu privire la prevederile legale din domeniul egalității de șanse între femei și bărbați; combaterea stereotipurilor de gen în rândul tinerilor; sănătatea sexuală și reproductivă a femeilor și bărbaților; încurajarea antreprenorialului în rândul femeilor și tinerilor proveniți din medii defavorizate; îmbunătățirea situației femeilor pe piața muncii; concilierea vieții profesionale cu viața de familie și cea privată; creșterea nivelului de participare a femeilor la procesul de decizie; introducerea perspectivei de gen în politicile naționale).

Violența de gen reprezintă o *gravă încălcare a drepturilor omului și o formă cuprinzătoare de discriminare*, prin natura și efectele sale producând alterări ale relațiilor sociale. Aplicarea practicilor culturale fără a lua în considerare respectarea standardelor de protecție și promovare a drepturilor femeilor conduce la o formă specifică de violență. Fie că avem în vedere manifestări violente ale unor practici culturale (mutilarea genitală feminină, căsătoriile forțate, căsătoriile timpurii, crimele de onoare), fie că avem în vedere manifestările violente recurente în societatea românească produse asupra femeilor pentru simpla calitate de a fi femeie sau manifestările violente care afectează în mod disproporționat femeile¹, *cauza*

¹ Convenția Consiliului Europei pentru Prevenirea și Combaterea Violenței împotriva Femeilor și a Violenței Domestice (Convenția de la Istanbul) definește *violența împotriva femeilor, violența domestică* și

manifestărilor violente este determinată de tipare de gândire, raționalizare și cultură retrograde. Având prezente aceste considerente, fenomenul violenței este abordat în Pilonul II al Strategiei.

Modul în care societatea conceptualizează și se raportează la fenomenul violenței împotriva femeilor este prezentat în conținutul Strategiei, fiind subliniat în mod clar că sursa inegalităților dintre genuri rezidă în mentalitățile sociale: La nivelul mentalităților suntem încă departe de obiectivul „toleranță zero față de violența domestică”, promovat de Uniunea Europeană și susținut de Guvernul României. Rezultatele înregistrate evidențiază necesitatea continuării campaniilor de conștientizare și înțelegere a populației asupra consecințelor grave ale violenței domestice pentru a crește intoleranța față de acest tip de violență și a determina o reacție de respingere din partea societății. În comparație cu datele existente la nivelul Uniunii Europene, populația din România este semnificativ mai îngăduitoare față de violența în familie, în toate formele acesteia. Toleranța ridicată față de violența domestică, împreună cu vehicularea clișeele referitoare la violență, generează, în multe cazuri, considerarea comportamentului violent ca un comportament normal. În consecință, comportamentul violent deghizat în normalitate se transmite de la o generație la alta.

Strategia abordează fenomenul violenței din perspectiva instaurării unor obiective generale și specifice necesar a fi atinse pentru a eficientiza activitățile de prevenire și combatere.

Obiectivele generale sunt concentrate pe măsuri și demersuri legislative și politice, vizând în mod particular: consolidarea cadrului legislativ din domeniul prevenirii și combaterii violenței domestice; dezvoltarea unor măsuri adecvate de sprijin și protecție pentru victime; prevenirea violenței domestice și a recidivei acesteia precum și a violenței sexuale; monitorizarea și evaluarea activităților întreprinse în vederea prevenirii și combaterii violenței domestice. În subsidiar, obiectivele specifice creează infrastructura necesară realizării obiectivelor generale, fiind subsumate acestora: îmbunătățirea cadrului legislativ actual și asigurarea implementării unitare a legislației primare prin adoptarea legislației secundare și terțiare; dezvoltarea serviciilor sociale adecvate nevoilor identificate și care să asigure acces facil, asistență de calitate tuturor victimelor și măsuri pentru agresori; dezvoltarea și consolidarea competențelor profesionale prin formarea și pregătirea necesară și adaptată pentru intervenția diferitelor categorii de specialiști; întărirea capacității instituționale a autorităților administrației publice centrale și locale de gestionare a violenței domestice; dezvoltarea relațiilor de colaborare între partenerii interni și între statul român și statele sau organismele internaționale implicate în prevenirea și combaterea violenței domestice; creșterea eficacității măsurilor de prevenire a violenței domestice și a recidivei acesteia; dezvoltarea de atitudini și comportamente nonviolente pentru atingerea obiectivului „toleranță zero” față de violența domestică; raportarea anuală a gradului de implementare a activităților asumate în cadrul Pilonului Prevenirea și Combaterea Violenței Domestice; evaluarea finală a Pilonului Prevenirea și Combaterea Violenței Domestice.

Cele două dimensiuni de structură ale Strategiei: egalitatea de șanse și tratament dintre bărbați și femei și prevenirea și combaterea fenomenului violenței au fost reiterate și dezvoltate prin prevederile unor acte normative având caracter constrângător, adoptate în orizontul de timp în care a fost concepută Strategia. Astfel, dimensiunea egalității și

violența de gen împotriva femeilor în art. 3 lit. a), b) și d): violența împotriva femeilor este înțelesă drept o încălcare a drepturilor omului și o formă de discriminare împotriva femeilor și va însemna toate acțiunile de violență de gen care rezultă în, sau care sunt probabile a rezulta în, vătămarea sau suferința fizică, sexuală, psihologică sau economică cauzată femeilor, inclusiv amenințările cu asemenea acțiuni, coerciția sau deprivarea arbitrară de libertate, indiferent dacă survine în public sau în viața privată; violența domestică va însemna toate acțiunile de violență fizică, sexuală, psihologică sau economică, care survin în familie sau în unitatea domestică sau între foștii sau actualii soți sau parteneri, indiferent dacă agresorul împarte sau a împărțit același domiciliu cu victima; violența de gen împotriva femeilor va însemna violența care este direcționată împotriva unei femei pentru că ea este o femeie sau care afectează femeile în mod disproporționat.

nediscriminării este centralizată în Legea nr. 178/2018¹ în timp ce măsurile de prevenire și combatere a violenței sunt sintetizate în Legea nr. 174/2018².

Legea nr. 178/2018 amendează Legea nr. 202/2002 din punctul de vedere al structurii formale promovate în domeniul egalității de gen. Astfel, Legea nr. 178/2018 reglementează ocupațiile de *expert* și *tehnician* în domeniul egalității de șanse, stabilind *domeniul de ființare* (instituțiile și autoritățile publice centrale și locale, civile și militare, cu un număr de peste 50 de angajați, precum și companiile private cu un număr de peste 50 de angajați au posibilitatea să identifice un angajat cărui să îi repartizeze, prin fișa postului, atribuții în domeniul egalității de șanse și de tratament între femei și bărbați. În limita bugetului existent pentru cheltuieli salariale, angajatorul poate opta pentru angajarea unui expert/tehnician în egalitate de șanse) și *atribuțiile* corespunzătoare acestora (analizarea contextului de apariție și evoluție a fenomenului de discriminare de gen, precum și nerespectarea principiului egalității de șanse între femei și bărbați și recomandă soluții în vederea respectării acestui principiu, conform legii; formularea de recomandări/observații/proponeri în vederea prevenirii/gestionării/remedierii contextului de risc care ar putea conduce la încălcarea principiului egalității de șanse și de tratament între femei și bărbați cu respectarea principiului confidențialității; propunerea de măsuri privind asigurarea egalității de șanse și de tratament între femei și bărbați, evaluează impactul acestora asupra femeilor și bărbaților; elaborarea de planuri de acțiune privind implementarea principiului egalității de șanse între femei și bărbați în care să fie cuprinse cel puțin: măsuri active de promovare a egalității de șanse și de tratament între femei și bărbați și eliminarea discriminării directe și indirecte după criteriul de gen, măsuri privind prevenirea și combaterea hărțuirii la locul de muncă, măsuri privind egalitatea de tratament în ceea ce privește politica de remunerare, promovare în funcții și ocuparea funcțiilor de decizie; elaborarea, fundamentarea, evaluarea și implementarea de programe și proiecte în domeniul egalității de șanse și de tratament între femei și bărbați; acordarea de consultanță de specialitate pentru aplicarea prevederilor legislației naționale și comunitare în domeniul egalității de șanse între femei și bărbați).

În mod similar, Legea nr. 178/2018 reglementează organizarea Comisiilor Județene ale Egalității de Șanse între Femei și Bărbați precum și statutul Institutului Național de Cercetare Științifică în Domeniul Muncii și Protecției Sociale.

Un alt aspect care se impune a fi subliniat constă în includerea în sfera violenței de gen a practicilor culturale dăunătoare. Cu titlu exemplificativ, formularea cuprinsă în art. 4 lit. l) din Legea nr. 202/2002, modificată prin Legea nr. 178/2018: *Violența de gen cuprinde, fără a se limita însă la acestea, următoarele fapte: violența domestică, violența sexuală, mutilarea genitală a femeilor, căsătoria forțată, avortul forțat și sterilizarea forțată, hărțuirea sexuală, traficul de ființe umane și prostituția forțată.*

Urmărind obiectivul de a clarifica faptele contrare egalității de șanse și tratament între bărbați și femei, legiuitorul adoptă *Legea nr. 232 din 2 august 2018* pentru modificarea și completarea Legii nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse și de tratament între femei și bărbați³ care interzice în mod expres orice comportament de hărțuire, hărțuire sexuală sau hărțuire psihologică definite conform prezentei legi, atât în public, cât și în privat. De asemenea, Legea nr. 232/2018 stabilește sancțiuni contravenționale pentru faptele discriminatorii care nu întrunesc cerințele constitutive ale unei infracțiuni.

¹ Legea nr. 178/2018 pentru modificarea și completarea Legii nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse și de tratament între femei și bărbați, publicată în M. Of. nr. 627 din 19 iulie 2018.

² Legea nr. 174/2018 privind modificarea și completarea Legii nr. 217/2003 pentru prevenirea și combaterea violenței în familie, publicată în M. Of. nr. 618 din 18 iulie 2018.

³ Publicată în M. Of. nr. 679 din 6 august 2018.

Legea nr. 174/2018 modifică și completează Legea nr. 202/2002 prin inserarea de aspecte care interesează cadrul principiilor aplicabile procesului de prevenire și combatere a violenței, clarificările conceptuale, cadrul instituțional implicat, măsurile și mijloacele instrumentate la nivel național în scopul adresării fenomenului violenței.

La nivelul principiilor aplicabile în materie și ținând seama de consecințele negative produse de violență pe multiple domenii, Legea nr. 174/2018 introduce: *principiul protecției vieții și siguranței victimei; principiul respectării drepturilor omului și a libertăților fundamentale; principiul abordării integrate.*

Având ca model standardele internaționale, Legea nr. 174/2018 aduce clarificări conceptuale asupra noțiunii de *violență domestică*, precizând în acest sens că *violența domestică înseamnă orice inacțiune sau acțiune intenționată de violență fizică, sexuală, psihologică, economică, socială sau spirituală care se produce în mediul familial sau domestic ori între soți sau foști soți, precum și între actuali sau foști parteneri, indiferent dacă agresorul locuiește sau a locuit împreună cu victima.* De asemenea, Legea nr. 174/2018 aduce modificări și completări secțiunii cuprinzând definițiile diferitelor forme de violență, explicând în mod detaliat semnificația conceptelor de: *violență psihologică¹, violență fizică², violență socială³ și violență spirituală⁴.*

Practicile culturale dăunătoare drepturilor femeilor sunt abordate în mod direct și sunt interzise expres prin alin. (2) inserat în completarea art. 4 de Legea nr. 174/2018: *În nicio formă și în nicio împrejurare, obiceiul, cultura, religia, tradiția și onoarea nu pot fi considerate drept justificare pentru niciun tip de acte de violență definite în prezenta lege.* Această prevedere legală asociază practicile culturale dăunătoare cu fenomenul violenței – definit prin instrumentele internaționale ca cea mai gravă și extinsă formă de discriminarea împotriva femeilor. Cu alte cuvinte, normele culturale care validează încălcarea drepturilor femeii sunt norme cu înalt potențial discriminatoriu care pot conduce la înseși aneantizarea în plan concret a drepturilor și libertăților femeilor.

Prevederile Legii nr. 174/2018 care sunt destinate reglementării cadrului instituțional cu atribuții în domeniul prevenirii și combaterii violenței au caracter cuprinzător, descriind în mod particular statutul, atribuțiile și direcțiile de acțiune asumate de Ministerul Muncii și Justiției Sociale; Ministerul Educației Naționale; Ministerul Sănătății; Agenția Națională pentru

¹ Impunerea voinței sau a controlului personal, provocarea de stări de tensiune și de suferință psihică în orice mod și prin orice mijloace, prin amenințare verbală sau în orice altă modalitate, șantaj, violență demonstrativă asupra obiectelor și animalelor, afișare ostentativă a armelor, neglijare, controlul vieții personale, acte de gelozie, constrângerile de orice fel, urmărirea fără drept, supravegherea locuinței, a locului de muncă sau a altor locuri frecventate de victimă, efectuarea de apeluri telefonice sau alte tipuri de comunicări prin mijloace de transmitere la distanță, care prin frecvență, conținut sau momentul în care sunt emise creează temere, precum și alte acțiuni cu efect similar.

² Vătămarea corporală ori a sănătății prin lovire, îmbrâncire, trântire, tragere de păr, înțepare, tăiere, ardere, strangulare, mușcare, în orice formă și de orice intensitate, inclusiv mascate ca fiind rezultatul unor accidente, prin otrăvire, intoxicare, precum și alte acțiuni cu efect similar, supunerea la eforturi fizice epuizante sau la activități cu grad mare de risc pentru viață sau sănătate și integritate corporală, altele decât cele de la lit. e).

³ Impunerea izolării persoanei de familie, de comunitate și de prieteni, interzicerea frecventării instituției de învățământ sau a locului de muncă, interzicerea/limitarea realizării profesionale, impunerea izolării, inclusiv în locuința comună, privarea de acces în spațiul de locuit, deposizarea de acte de identitate, privare intenționată de acces la informație, precum și alte acțiuni cu efect similar.

⁴ Subestimarea sau diminuarea importanței satisfacerii necesităților moral-spirituale prin interzicere, limitare, ridiculizare, penalizare a aspirațiilor membrilor de familie, a accesului la valorile culturale, etnice, lingvistice ori religioase, interzicerea dreptului de a vorbi în limba maternă și de a învăța copiii să vorbească în limba maternă, impunerea aderării la credințe și practici spirituale și religioase inacceptabile, precum și alte acțiuni cu efect similar sau cu repercusiuni similare.

Egalitate de Șanse între Femei și Bărbați comisiile județene privind egalitatea de șanse între bărbați și femei; serviciile sociale pentru prevenirea și combaterea violenței domestice, etc.

Măsurile și mijloacele menite a depăși barierele care decurg din manifestările violente sunt variate și converg către întreprinderea unui efort concertat pentru atenuarea consecințelor negative determinate de fenomenul violenței. Serviciile sociale pentru sprijinirea victimelor violenței domestice, serviciile sociale pentru sprijinirea agresorilor, instituirea locuințelor protejate (definite în temeiul Legii nr. 174/2018 precum unități de asistență socială organizate în regim rezidențial pe durată determinată, cu sau fără personalitate juridică, care asigură găzduirea în regim de urgență, îngrijirea, asistența socială, consilierea juridică și psihologică și orientarea victimelor violenței domestice), centrele de asistență destinate agresorilor, centrele de urgență destinate consilierii victimelor violenței sexuale serviciile de tip linie telefonică de urgență – reprezintă măsurile și mijloace implementate în perioada ulterioară producerii actului violent. Este demn de menționat că, în acord cu recomandările Comitetului care subliniază necesitatea păstrării confidențialității referitoare la datele de identificare ale victimelor violenței, Legea nr. 174/2018 promovează principiul secretizării adresei locuinței protejate (în ipoteza în care se dispune necesitatea unei asemenea măsuri) precum și păstrarea asupra victimei în situația accesării serviciilor telefonice de urgență.

Spre deosebire de măsurile și mijloacele de sprijinire a victimelor violenței – care se aplică în perioada ulterioară agresiunilor – *ordinul de protecție provizoriu* reprezintă un instrument prin intermediul căruia se asigură prevenirea faptelor de violență împotriva femeilor, fiind emis de către polițiștii care, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, constată că există un risc iminent ca viața, integritatea fizică ori libertatea unei persoane să fie puse în pericol printr-un act de violență domestică, în scopul diminuării acestui risc. Un alt avantaj presupus de ordinul de protecție provizoriu constă în posibilitatea cumulării acestuia cu orice alt mijloc de protecție, conform art. 22¹ alin. (6) din Legea nr. 174/2018, emiterea ordinului de protecție provizoriu nu împiedică luarea unei măsuri preventive potrivit prevederilor Legii nr. 135/2010, cu modificările și completările ulterioare.

Ordinul de protecție provizoriu reprezintă un act înscris în sfera de competență a polițistului și comportă un conținut formalizat, prevăzut de art. 22³: (1) Ordinul de protecție provizoriu cuprinde în mod obligatoriu mențiuni cu privire la: a) data, ora și locul unde este emis; b) numele, prenumele, calitatea și unitatea de poliție din care face parte polițistul care îl emite; c) date care să asigure identificarea agresorului/agresorilor împotriva căruia/căroră se dispun obligații sau interdicții prin acesta; d) date care să asigure identificarea victimei/victimelor sau a altor persoane în favoarea căroră se dispun măsuri de protecție prin acesta; e) descrierea motivelor de fapt care au determinat dispunerea acestuia și indicarea probelor pe baza căroră a fost evaluată situația de fapt; f) temeiul de drept pentru emiterea acestuia; g) data și ora la care începe aplicarea măsurilor de protecție dispuse potrivit art. 22⁴, precum și data și ora la care acestea încetează; h) dreptul de a contesta ordinul de protecție provizoriu, termenul de exercitare a acestui drept și instanța la care se poate depune contestația. (2) Ordinul de protecție se semnează în mod obligatoriu de către polițistul care îl emite.

În etapa premergătoare emiterii ordinului de protecție provizoriu polițistul își asumă un rol activ, fiind autoritatea competentă cu *verificarea sesizărilor privind violența domestică, aflarea adevărului, soluționarea justă a sesizării, obținerea probelor*. În scopul îndeplinirii celui din urmă obiectiv, polițiștii au dreptul de a recurge la mijloace specifice precum: constatarea prin propriile simțuri și consemnarea celor constatate într-un înscris ori înregistrarea celor constatate cu mijloace tehnice; consultarea bazelor de date la care au acces potrivit atribuțiilor de serviciu și consemnarea celor constatate într-un înscris; declarațiile persoanelor implicate în actele de violență domestică, ale persoanelor care au asistat la producerea actelor de violență domestică și ale altor persoane care pot comunica informații cu privire la persoanele implicate în actele de violență domestică; înregistrări video sau audio ori fotografii, indiferent

de proveniența acestora; înscrisuri, inclusiv cele de natura mesajelor sau postărilor în mediul electronic și/sau de telefonie mobilă; pătrunderea în domiciliul sau reședința oricărei persoane fizice, fără acordul acesteia, precum și în sediul oricărei persoane juridice, fără acordul reprezentantului legal al acesteia, dacă sesizarea indică în mod expres că actele de violență domestică au loc sau au avut loc în spațiile respective; folosirea forței și a mijloacelor din dotare, în mod adecvat și proporțional, pentru a pătrunde în spațiile prevăzute la alin. (2).

Odată cu emiterea ordinului provizoriu de protecție sunt dispuse măsuri apte să diminueze riscul violenței, putându-se dispune pe o perioadă de 5 zile individual sau cumulativ următoarele obligații sau interdicții: a) evacuarea temporară a agresorului din locuința comună, indiferent dacă acesta este titularul dreptului de proprietate; b) reintegrarea victimei și, după caz, a copiilor în locuința comună; c) obligarea agresorului la păstrarea unei distanțe minime determinate față de victimă, față de membrii familiei acesteia, astfel cum sunt definiți potrivit prevederilor art. 5, ori față de reședința, locul de muncă sau unitatea de învățământ a persoanei protejate; d) obligarea agresorului de a purta permanent un sistem electronic de supraveghere; e) obligarea agresorului de a preda poliției armele deținute. (2) Măsurile de protecție prevăzute la alin. (1) lit. a) și b) se dispun împreună. (3) Măsura de protecție prevăzută la alin. (1) lit. d) se dispune dacă sunt îndeplinite următoarele condiții: a) a fost dispusă măsura prevăzută la alin. (1) lit. c); b) atunci când s-a dispus obligarea agresorului de a păstra o distanță minimă față de victimă și, după caz, membrii familiei acesteia, persoanele protejate își exprimă acordul de a purta un sistem electronic de supraveghere care să permită verificarea respectării obligației agresorului [art. 22⁴ alin. (1), (2), (3)].

Recunoscându-i-se o relevanță deosebită în procesul de protecție a victimei, ordinul de protecție beneficiază de o reglementare revizuită prin *Legea nr. 212 din 11 noiembrie 2019* privind modificarea alin. (1) al art. 30 din *Legea nr. 217/2003* pentru prevenirea și combaterea violenței domestice¹ care, în temeiul unui articol unic, modifică textul art. 30 alin. (1) din *Legea nr. 217/2003* astfel: (1) Hotărârea prin care se soluționează cererea de emitere a ordinului de protecție este supusă numai apelului, în termen de 3 zile de la pronunțare, dacă s-a dat cu citarea părților, și de la comunicare, dacă s-a dat fără citarea lor.

Demersurile întreprinse la nivel național în scopul ralierei la standardele internaționale în materia egalității și a nediscriminării în funcție de criteriul *gen* demonstrează că factorul cultural este luat în considerare în procesul legislativ prin inițierea unor direcții de acțiuni oficiale având ca obiect *educația, combaterea stereotipizării, adresarea fenomenului violenței de gen ca dimensiune transversală – care afectează toate domeniile de existență a femeilor, fiind determinată de cauze agregate*.

Observăm că raportul dintre cultură și egalitatea de gen este abordat în mod implicit în legislația națională în pofida eforturilor de implementare a recomandărilor elaborate de Comitetul stabilit în temeiul Convenției ONU pentru Eliminarea Tuturor Formelor de Discriminare față de Femei. Perspectiva plurivalentă care se impune la nivel național în scopul promovării și protejării drepturilor femeilor nu poate fi completă atât timp cât factorul cultural nu este valorizat în mod judicios și în acord cu provocările pe care le suscită. Includerea *indirectă* a factorului cultural în reglementările juridice care alcătuiesc cadrul legal în domeniul egalității de gen reprezintă o barieră importantă ce trebuie să fie depășită de autorități în scopul modificării tiparelor mentale ale indivizilor vis-a-vis de poziția și rolul alocate femeilor în societate.

¹ Publicată în M. Of. nr. 912 din 12 noiembrie 2019.

Concluzii

Analiza raportului *gen-cultură* și a modului în care acesta este ilustrat în reglementările internaționale, regionale (sub-regionale) și naționale determină, în opinia noastră, o seamă de concluzii care vizează atât cadrul legal cât și cadrul socio-cultural:

(1) reglementările legale nu valorifică în manieră extinsă factorul cultural în stabilirea normelor de protecție a drepturilor femeilor;

(2) factorul cultural este marginalizat atât în procesul de formulare a inițiativelor legale în materia drepturilor femeilor cât și în procesul jurisprudențial (ne referim, în special, la luarea în considerare a circumstanțelor culturale aferente producerii unui act ilegal);

(3) cultura este înțeleasă, de regulă, în mod eronat, fiind adoptată perspectiva esențialistă asupra culturii – aspect care determină ca la nivel social, comunitățile culturale să fie apreciate ca *circuite sociale închise ermetice* astfel încât sunt anihilate intervențiile autorităților publice realizate în scopul restaurării drepturilor și libertăților încălcate;

(4) în contrapondere, considerăm că în scopul consolidării protecției juridice a drepturilor femeilor, este necesar ca factorul cultural să fie înțeles în sens dinamic astfel încât evoluția socială de la nivelul comunităților culturale să fie corelată cu eliminarea practicilor dăunătoare femeilor;

(5) de asemenea, înțelesul culturii trebuie să fie perceput *lato sensu* cuprinzând atât comportamentele umane derivate din tradiții, obiceiuri, ritualuri religioase, credințe transmise pe cale orală, cât și tiparele mentale și comportamentale care urmăresc promovarea concepțiilor stereotipe asupra femeilor și a subordonării sociale a acestora;

(6) principala limită legală observată prin studierea normelor internaționale și regionale¹ în materia drepturilor femeilor constă în omiterea menționării și explicării criteriului discriminatoriu al *genului* – aspect care susține discriminarea culturală;

(7) criteriul discriminatoriu al *genului* legitimează din punctul nostru de vedere adoptarea de acțiuni pozitive/acțiuni afirmative în favoarea femeilor cu justificarea conform căreia din cauza tiparelor comportamentale și mentale de natură patriarhală femeile au avut, de-a lungul timpului, un statut subordonat;

(8) consecința directă a neincluserii factorului cultural în procesul de formulare a normelor de drept în materia protecției drepturilor femeilor rezidă în validarea *teoriei incongruenței între factorul cultural și reglementările juridice* conform căreia: deși există cadrul juridic corespunzător protecției drepturilor femeilor, în mod concret, egalitatea *de facto* între bărbați și femei rămâne un deziderat neîmplinit;

(9) introducerea factorului cultural în conținutul teoriei egalității și nediscriminării dar și în reglementările referitoare la protecția juridică a drepturilor femeilor constituie un proces progresiv, cu rezultate preconizate pe termen mediu și lung.

Studiul comparativ al sistemelor de drept care au constituit obiectul lucrării aduce în lumină ideea conform căreia sistemul internațional și sistemul regional european adoptă perspectiva culturii legale constituită pe valorile democrației, statului de drept, drepturilor omului, demnității umane, libertății, egalității și nediscriminării, în timp ce sistemele regionale african și asiatic acordă o importanță deosebită factorului cultural, valorificând atașamentul individului față de regulile culturale ale comunității de apartenență (aspect desemnat, în conținutul tezei prin denumirea de *comunitarism*). Atât sistemul african cât și sistemul asiatic

¹ Exceptăm din cadrul reglementărilor regionale europene în materia drepturilor femeilor Convenția de la Istanbul care menționează în mod expres criteriul *gen*. De asemenea, la nivel regional inter-american, Convenția Belem Do Para se referă la criteriul *gen* în definirea actelor de violență împotriva femeilor.

de drept acordă preeminență drepturilor colective ale comunităților în detrimentul drepturilor individuale. De asemenea, drepturile omului înscrise în cea de-a doua generație (drepturile economice, sociale și culturale) și drepturile omului înscrise în cea de-a treia generație (dreptul la dezvoltare sau dreptul la pace) sunt promovate cu prioritate prin comparație cu drepturile din prima generație (drepturile civile și politice). Sistemul internațional de drept și sistemul regional european adoptă o perspectivă opusă – evidențiind, în cadrul teoriei drepturilor omului, prerogativele individului și limitând în mod implicit intervenția statului/a comunității. În aceeași ordine de idei, drepturile civile și politice sunt protejate alături de drepturile economice, sociale și culturale și de drepturile de solidaritate.

Suntem de părere că observațiile expuse anterior au influențat reglementările legale în materia drepturilor femeilor în mod diferit. În consecință, sistemul african și sistemul asiatic au inclus factorul cultural în reglementările juridice referitoare la protecția drepturilor femeilor: Carta Africană a Drepturilor Omului și Popoarelor evidențiază în preambul factorul cultural și acordă o reglementare autonomă dreptului de a fi liber de discriminare (art. 2), dreptului la egalitate în fața legii și la protecție egală în fața legii (art. 3). Protocolul Adițional al Cartei Africane cu privire la drepturile femeilor acordă o atenție specială factorului cultural prin menționarea expresă a discriminării femeilor ca urmare a practicilor culturale dăunătoare în partea preambulară și prin reglementarea expresă a interdicției practicilor culturale discriminatorii [art. 2 lit. b)].

În sistemul asiatic de protecție a drepturilor omului, diversitatea valorilor culturale – reunite de doctrină sub sintagma *valori asiatice* – nu a permis adoptarea unor documente regionale constrângătoare în materia protecției drepturilor femeilor și nici stabilirea unui sistem instituțional articulat. Declarațiile analizate în secțiunea lucrării referitoare la protecția juridică a drepturilor femeilor în sistemul asiatic de drept au caracter neconstrângător și exprimă prin conținut și perspectivă legală viziunea comunitaristă asupra drepturilor femeilor. Ne vom explica punctul de vedere enunțat anterior în următorul mod: declarațiile adoptate la nivel sub-regional sub egida ASEAN abordează simultan problemele juridice conexe drepturilor femeilor și drepturilor copiilor – aspect care subliniază, în opinia noastră, ipostazierea femeii în postura de mamă astfel încât, prin funcția socială a maternității, femeia contribuie la perpetuarea comunității și la conservarea valorilor tradiționale. Comparând sistemul asiatic de protecție a drepturilor omului cu cel african constatăm o evoluție clară în cadrul celui din urmă. Deși ambele sisteme de drept subliniază valoarea atașamentului față de societate/comunitate, obligațiile individului față de comunitate se regăsesc în mod expres doar la nivelul sistemului african.

Sistemul internațional și sistemul regional-european instituie o formă specifică a culturii legale (fundamentată pe respectul pentru democrație, drepturile omului, egalitate și nediscriminare). Cu alte cuvinte, practicile culturale dăunătoare prezente în realitatea socială africană și asiatică pot fi întâlnite doar în contextul fenomenului migrației. În pofida acestui aspect, factorul cultural influențează la nivel internațional și european protecția juridică a drepturilor femeilor prin promovarea tiparelor culturale patriarhale, fundamentate pe ideea de subordonare a genului/sexului feminin. Modificarea tiparelor mentale și comportamentale bazate pe inferioritatea femeilor reprezintă o problemă abordată exclusiv de Convenția ONU pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de Femei [în cuprinsul art. 5 lit. a) și b)].

La nivel european, principalele documente adoptate în domeniul drepturilor omului (ne referim la Convenția Europeană a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale – ca document reprezentativ al Consiliului Europei și la Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene – ca instrument legal al Uniunii Europene) nu abordează relația dintre factorul cultural și egalitatea dintre femei și bărbați. Cu toate acestea, comparând cele două documente considerăm Carta Drepturilor Fundamentale mai evoluată din punctul de vedere al modului de

garantare independentă a ambelor aspecte: cel cultural și cel privitor la egalitate. Deși ambele documente reiterează în partea preambulară valorile specifice spațiului european, Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene ilustrează suplimentar în preambul, perspectiva individualistă asupra drepturilor omului, menționând în mod expres că *Uniunea situează persoana în centrul acțiunilor sale*. Identificarea factorului cultural în reglementările Convenției Europene a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale reprezintă un *demers interpretativ* care se realizează prin corelarea și integrarea dispozițiilor art. 8 – *Dreptul la respectarea vieții private și de familie* și art. 9 – *Libertatea de gândire, de conștiință și de religie*. Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene recunoaște drepturile menționate anterior însă, suplimentar, reglementează factorul cultural în art. 22 – care recunoaște diversitatea culturală, religioasă și lingvistică.

Teoria egalității beneficiază de asemenea de reglementări diferite în cele două acte europene: art. 14 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului stabilește interzicerea discriminării ca normă cu statut neindependent, care se realizează prin raportare la exercițiul drepturilor menționate în cuprinsul Convenției (aspectul statutului neindependent al art. 14 a fost depășit prin art. 1 din Protocolul nr. 12 al Convenției). Carta Drepturilor Fundamentale cuprinde adțional reglementării nediscriminării (art. 21) prevederea expresă a asigurării egalității între femei și bărbați (art. 23). Este demn de reținut că *genul* – ca și criteriu discriminatoriu care conexează factorul cultural și egalitatea – nu este inclus în documentele menționate.

Convenția de la Istanbul (adoptată sub egida Consiliului Europei) a remediat această lipsă teoretică definind genul și realizând, pe cale de consecință, conexiunea dintre cultură și protecția juridică a drepturilor femeilor. Perspectiva de gen este promovată în toate reglementările Convenției iar interzicerea expresă a factorului cultural în justificarea crimelor de onoare constituie un progres legal semnificativ. Violența împotriva femeilor este identificată precum o formă de discriminare specifică prin intermediul căreia este luată în considerare dimensiunea genului. Totodată, reglementarea expresă a mutilărilor genitale feminine și a căsătoriilor forțate asigură coerența între sistemul regional european și sistemul regional african și asiatic. Coerența dintre sistemul de drept al Uniunii Europene și sistemul de drept al Consiliului Europei este asigurată prin prevederea Convenției de la Istanbul referitoare la deschiderea spre semnare a conținutului său de către Uniunea Europeană.

Sistemul inter-american de protecție a drepturilor omului reprezintă un model particular deoarece abordează ambele elemente supuse analizei: elementul cultural și protecția drepturilor femeilor. Aspectele culturale influențează realitatea socială a statelor membre ale sistemului prin valorile impuse de preceptele *marianism* și *machism*. Convenția Inter-Americană cu privire la Prevenirea, Pedepsirea și Eradicarea Violenței Împotriva Femeilor (denumită și Convenția Belem Do Para în funcție de locul adoptării) definește în art. 1 *violența împotriva femeilor ca orice act sau conduită bazat(ă) pe gen*. De asemenea, art. 6 lit. b) abordează în mod direct raportul dintre cultură și protecția juridică a drepturilor femeilor, statuând: *dreptul femeilor de a fi educate în mod liber de orice tipare stereotipe de comportament sau de practici sociale și culturale bazate pe conceptele de inferioritate sau subordonare*.

Finalmente, în context național, raportul dintre cultură și protecția juridică a drepturilor femeilor este slab reprezentat, criteriul *gen* lipsind din lista criteriilor discriminatorii ale principalelor documente în materie (ne referim în special la Constituția României, Legea nr. 202/2002 privind egalitatea de șanse și tratament între femei și bărbați, O.G. nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, Legea nr. 217/2003 pentru prevenirea și combaterea violenței în familie). Deși remarcăm lipsa abordării juridice a influențelor culturale aplicate drepturilor femeilor, modificarea Legii nr. 202/2002 prin Legea nr. 229/2015 aduce un progres în materie prin definirea noțiunilor *gen* și *stereotipuri de gen*.

Urmare a prezentării rapoartelor naționale combinate nr. 7 și 8, Comitetul instituit în temeiul Convenției ONU privind Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de Femei a emis recomandări către statul român pentru consolidarea abordării naționale în domeniul egalității și nediscriminării de gen. Factorul cultural este circumscris acestor recomandări – fie în mod direct, fie în mod implicit. Deși o consecință fundamentală a aderării României la standardele internaționale și regionale în materia drepturilor femeilor (ne referim în special la Convenția de la Istanbul și la Convenția ONU privind Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de Femei) a fost reprezentată de adoptarea unei legislații coerente și acoperitoare, există în continuare carențe vizibile. În mod concret, niciunul dintre actele normative adoptate în orizontul de timp recent precum Legea nr. 174/2018 sau Legea nr. 178/2019 nu validează o abordare culturală expresă a problematicilor specifice egalității și nediscriminării de gen. Studiarea relației dintre normele culturale și normele juridice incidente în protecția și promovarea drepturilor femeilor rămâne un subiect deschis la nivel național, pasibil de îmbunătățiri legislative și sociale remarcabile.

Bibliografie selectivă

Doctrină

1. Abrams K., *Ideology and women 's choices*, Georgia Law Review.
2. Abubakar N., *Female Genital Mutilation: Why Does It Continue To Be A Social And Cultural Force?*, A Thesis Submitted to Graduate Faculty as partial fulfillment of the requirements for the Master of Arts Degree in Degree in Sociology, The University of Toledo, 2012.
3. Academia Română, Institutul de lingvistică Iorgu Iordan, *Dicționarul Explicativ al Limbii Române*, ed. a II-a, Ed. Univers Enciclopedic, București, 1994.
4. Adolphe J., *The Holy See And The Universal Declaration Of Human Rights: Working Toward A Legal Anthropology Of Human Rights and The Family*, Ave Maria Law Review, Volume 4, Issue 2, 2006.
5. Akstinienė A., *Reservations To Human Rights Treaties: Problematic Aspects Related To Gender Issues*, Jurisprudence Review, 2013, Volume 20, Issue 2.
6. Alcalá J.A. Del R., *El Derecho A La Identidad Cultural. Derecho de la persona o derecho de los pueblos?*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2010.
7. Alda F., *The OP-CEDAW as a Mechanism for Implementing Women's Human Rights: An Analysis of the First Five Cases Under the Communications Procedure of the OP-CEDAW*, Occasional Papers Series No 12, 2008, International Women's Rights Action Watch Asia Pacific.
8. American Bar Association Rule of Law Initiative, *The ASEAN Human Rights Declaration: A Legal Analysis*, 2014.
9. Andrew B., Freeman M., *The Impact Of The CEDAW Convention: Paths To Equality*, World Development Report, Gender Equality And Development, Background Paper, 2012.
10. Ansieur Z., *Le couple laïcité-liberté religieuse: de l'union a la rupture? Réflexions a partir de l'affaire Ait Ahmad*, în *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001.
11. Aristoteles, *Etica a Nicomaco*, ediția bilingvă și traducerea asigurată de Araujo M. și Marias J., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1959.
12. Askin K.D., *Prosecuting Wartime Rape and Other Gender-Related Crimes under International Law: Extraordinary Advances, Enduring Obstacles*, Berkeley Journal of International Law, Volume 21, Issue 2, 2003.
13. Asylum Aid, *Romani Women from Central and Eastern Europe: A 'Fourth World', or Experience of Multiple Discrimination*, March 2002, <https://www.refworld.org/docid/478e3c9c1a.html>
14. Avonius L., Kingsbury D. (eds.), *Human Rights in Asia. A re-assessment of the Asian Values Debate*, Ed. Palgrave Macmillan, 2008, United States Of America, ISBN-13: 978-0-230-60639-5.
15. Babalola Abegunde, *Re-Examination of Rape and Its Growing Jurisprudence under International Law*, Journal of Politics and Law, Volume 6, No. 4, 2013, published by the Canadian Center of Science and Education.
16. Baker J., *Arguing for Equality*, Verso Publications, 1987.
17. Banda F., *Women, Law And Human Rights. An African Perspective*, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2005.
18. Barr M.D., *Cultural Politics and Asian Values. The Tepid War*, Ed. Routledge, Taylor and Francis Group, Londra, 2002.
19. Bîrsan C., *Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Comentariu pe articole*, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2010.

20. Bayefsky A.F., *The principle of Equality or Non-discrimination in International Law*, Human Rights Quarterly Volume 11, 1990.
21. Bejarano C., *Las Super Madres De Latino America: Transforming Motherhood by Challenging Violence in Mexico, Argentina, and El Salvador*, Frontiers – A Journal of Women's Studies, Volume 23, 2002.
22. Bekker J.C., Olivier J.C., Olivier N.J.J., *Indigenous Law*, Butterworths, Durban, 1995.
23. Bekker J.C., *Seymour's Customary Law in Southern Africa*, Juta Cape Town 1989.
24. Berat L., *Customary Law in a New South Africa: A Proposal*, Fordham International Law Journal, Volume 15, Issue 1.
25. Berna M.B., *Customary Law and Women 's Rights Within the African System of Human Rights Protection*, articol publicat în *Logos Universality Mentality Education Novelty*, Volume IV, Issue 1, 2015.
26. Berna M.B., *Drepturile femeii și influențe culturale în sistemul african de protecție a drepturilor omului*, publicată în volumul colectiv al conferinței *Tendințe actuale în dreptul public. Abordare juridică și filosofică*, Ed. Universitară, București, 2014.
27. Berna M.B., *Gender and culture in the legislation and case-law of the European Court of Human Rights. The case of the islamic veil*, Titu Maiorescu University Law Review, 2014, Ed. Hamangiu, București.
28. Berna M.B., *Gender violence within the Inter-American system of human rights protection*, articol publicat în revista *Logos Universality Mentality Education Novelty*, 2015, Volume III, Issue 1.
29. Berna M.B., *Raportul Dintre Gen Și Cultură Reflectat În Convenția Asupra Eliminării Tuturor Formelor De Discriminare Față De Femei. Implicații Asupra Dreptului European*, articol prezentat în cadrul Conferinței Internaționale Uniformizarea dreptului: efecte juridice și implicațiile sociale, politice și administrative și publicat în Volumul colectiv al Conferinței 2014, Ed. Hamangiu, Iași, România.
30. Berna M.B., *Religious pluralism and democratic society. Unsuccessfull attempts of modernizing national legislation in the field of gender. Examples from the case-law of the European Court of Human Rights*, articol publicat în *Journal of Law and Administrative Studies*, Special Issue.
31. Berna M.B., *The cultural defense, possible correlations and applications within the framework of women 's rights*, articol publicat în revista *Journal Of Law And Administrative Sciences*, No. 4/2015.
32. Berna M.B., *The cultural factor and women 's rights within the African Charter on Human and Peoples 'Rights and its Protocol*, Titu Maiorescu University Law Review, 2015.
33. Berna M.B., *The Rights of Roma women within the European Union: cultural and legal approaches*, lucrare prezentată în cadrul conferinței internaționale *International Conference Education and Creativity for a Knowledge Based Society*, November 19-21, 2015, publicată în volumul colectiv al conferinței.
34. Bernard A., *L'identité des personnes physiques en droit privé, remarques en guise d'introduction*, în Chevalier J., directeur, *L'identité politique*, Paris, Ed. PUF, 1994.
35. Bernstorff J. von, *The Changing Fortunes of the Universal Declaration of Human Rights: Genesis and Symbolic Dimensions of the Turn to Rights in International Law*, *The European Journal of International Law*, Volume 19, No. 5, 2008.
36. Bidault M., *La protection internationale des droits culturels*, Bruylant, Bruxelles, 2009.
37. Bitu N., Morteau C., *Are the Rights Of the Child Negotiable? The Case Of Early Marriages Within Roma Communities in Romania*, Bucharest, 2010.
38. *Black'S Law Dictionary*, 9th edition, 2009

39. Blair D., *Recognizing Rape as a Method of Torture*, New York University Law and Sociology Review Change.
40. Bulgaru A., Berna M.-B., *Implicații culturale și normative asupra protecției juridice a drepturilor femeii în sistemul inter-american*, în *Revista Drepturilor Omului* a Institutului Român pentru Drepturile Omului nr. 1/2019, p. 20-24.
41. Bunch C., *Legacy of Vienna: Feminism and Human Rights*, International Conference of Vienna+20, Vienna, 27 iunie 2013.
42. Bustamante Arango D.M., Vásquez Henao P.A., *La convención Belém Do Pará un balance de su aplicación en la jurisprudencia de la corte interamericana, a 16 años de su entrada en vigor*, *Revista Civilizar*, ISSN 1657-8953, Volume 11, Issue 20, 2011.
43. Byrnes A., în lucrarea *The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, în *Human Rights Of Women: International Instruments and Human Rights Experiences*, 2002.
44. Capaldi N., *The Meaning of Equality*, Hoover Press, Machan (Equality), 2001.
45. Carcedo A. (coordonator), *We will not forget nor will we accept: Femicide in Central America 2000-2006*, Co-organizatori Cefemina și Horizons, 2011, ISBN 978-0-921089-41-4.
46. Carr C.L., Seidler M.J., *Pufendorf, Sociality and the Modern State, History of Political Thought*, 1996.
47. Cățineanu T., *Registrele Identității*, articol publicat în *Dreptul la identitate*, Dan Claudiu Dănișor, Diana Dănișor (coordonatori), Ed. Universul Juridic, București, 2010.
48. Center for Justice and International Law, *Tools for the protection of human rights. Summaries of Jurisprudence. Gender based violence*, compiled by Liliana Tojo, 2010.
49. Center For Reproductive Rights, *Gaining Ground. A Tool For Advancing Reproductive Rights Law Reform. Chapter V: Harmful Practices –The Case Of Female Genital Mutilation*, United States, 2006.
50. Chaim S., *Asia's experience in the Quest for a Regional Human Rights Mechanism*, *Human Rights in the Pacific Journal*.
51. Chavunduka G.L., *Polygyny Among Urban Shona and Ndebele Christians*, 1979, Nada, Vol. 12.
52. Chiu D.C., *The Cultural Defense: Beyond Exclusion, Assimilation, and Guilty Liberalism*, Vol. 82, Issue 4, Article 9.
53. Christie K., Roy D., *The Politics Of Human Rights In East Asia*, Ed. Pluto Press, London, Sterling Virginia, 2001, ISBN 0 7453 1419 8.
54. Cohan J.A., *Honour Killings And The Cultural Defense*, Vol. 40, Number 2, 2010.
55. Constantinides A., *Questioning the Universal Relevance Of The Universal Declaration Of Human Rights*, *Cuadernos Constitucionales de la Catedra Fadrique Furio Ceriol*, no. 62/63.
56. Contreras J.M., Bott S., Guedes A., Dartnall E., *Sexual Violence in Latin America and the Caribbean: A Desk Review*, Martie 2010.
57. Crăciunean L.-M., *Protecția drepturilor culturale în dreptul internațional*, Ed. C.H Beck, București, 2011.
58. Cusack S., Pusey L., *CEDAW And The Rights To Non-Discrimination And Equality*, *Melbourne Journal of International Law*, Volume 14, 2013.
59. Dănișor D.C., *Dreptul la identitate al persoanelor aparținând minorităților naționale*, publicat în *Dreptul la identitate*, Dănișor D.C., Dănișor D. (coordonatori), Ed. Universul Juridic, București, 2010.
60. Darraj S.M., *Milestones in modern world history, The Universal Declaration Of Human Rights*, Chelsea House Publishers, New York, 2010.
61. De Baets A., *The impact of the Universal Declaration Of Human Rights On The Study Of History*, the review *History and Theory*, Volume 48, Wesleyan University, 2009.

62. Defeis E.F., *The United Nations And Women – A Critique*, William and Marry Journal Of Women And The Law, Volume 17, Issue 2, 2011.
63. Dein S., *Race, culture and ethnicity in minority research: A critical discussion*, în *Journal of Cultural Diversity*, 2006, pag.13-75; S. Hall, *Conclusion: The Multicultural Question*, în *Un/Settled Multiculturalisms: Diasporas, Entanglements, Transruptions*, Editor B Hesse, Londra.
64. Derks S., *Violencia doméstica, marianismo y la rabia de la Virgen de Urkupiña en Bolivia*, Institute for Gender Studies/Cultural Anthropology Radboud University Nijmegen, The Netherlands, publicat în *Papeles de trabajo*, Revista electrónica del Instituto de Altos Estudios Sociales de la Universidad Nacional de General San Martín, Año 2, nº 5, Buenos Aires, junio de 2009, Dossier „Artes de lo sagrado en las XIV Jornadas sobre Alternativas Religiosas de América Latina”.
65. Disuqi R. al, *Muslim Family Fiqh*, Ed. Halapublishing 2005.
66. Dolezal S., *The Systematic Failure to Interpret Article IV of the Internantional Covenant on Civil and Political Rights: Is There a Public Emergency in Nigeria?*, American University International Law Review, Volume 15, Issue 5, 2000.
67. Donders Y.M. în lucrarea *Towards a Right to Cultural Identity?* School of Human Rights Research Series, Volume 15, Intersententia Antwerpen, Oxford, New York, 2002.
68. Donnelly J., *Cultural Relativism and Universal Human Rights*, Human Rights Quarterly, Vol. 6, Number 4, 1984.
69. Donnelly J., *The Relative Universality of Human Rights*, Human Rights Quarterly, Vol. 29, Number 2, May 2007.
70. Duhram Jr. W.C., Smith R.T., *Religion and State in the United States at the turn of the Twenty-First Century*, în *Law and Religion in the 21st Century: Relations between States and Religious Communities*, Editori S. Ferrari și R. Cristofori, 2010.
71. Durbach A., Renshaw C., Byrnes A., „A tongue but no teeth?": the emergence of a regional human rights mechanism in the Asia Pacific region, *Sydney Law Review*, vol. 31.
72. Dworkin R., *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2000.
73. Edden N., Hughes K.-A., McCormack E., Catherine Prendergast, *A Study Investigating the Cultural Traditions and Customs of the Romani Community in Gorton, Manchester*, University Of Manchester, 2011.
74. Edwards A., *Violence Against Women As Sex Discrimination: Evaluating The Policy And Practice Of The UN Human Rights Treaty Bodies*, Working Paper, 2008, Publisher, The Bernard and Audre Raport Center For Human Rights And Justice, The University Of Texas At Austin.
75. Elechi O.O., *Human Rights and the African Indigenous Justice System*, A Paper for Presentation at the 18th International Conference of the International Society for the Reform of Criminal Law, August 8 – 12, 2004, Montreal, Quebec, Canada.
76. Engle K., *Culture and Human Rights: The Asian Value Debate In Context*, Journal Of International Law And Politics, Vol. 32, 2000.
77. Facio A., Morgan M.I., *Equity Or Egality For Women? Understanding Cedaw's Equality Principles*, Alabama Law Review, Volume 60, Issue 5, 2009.
78. Familusi O.O., *African Culture and the Status of Women: The Yoruba Example*, The Journal of Pan African Studies, Vol. 5, No. 1, March 2012.
79. Fredman S., *Introduction to Discrimination Law*, Oxford university Press, Oxford, 2002.
80. Frémont J., *Legal Pluralism, Customary Law and Human Rights in Francophone African Countries*, VUWLR, Vol. 40.
81. Fuller N., *En Torno A La Polaridad Marianismo-Machismo*, capitol publicat în lucrarea *Genero e Identidad, Tercera Parte, Sujetos sexuados, modernidad y cultura en América Latina*.
82. Fulton M., *Copenhagen-Mid Decade World Conference On Women 1980*, Atlantis Journal, Volume 6, No. 2.

83. Fundación Secretariado Gitano Sara Giménez, *Discrimination of Roma Communities, Spain National Report*, Workstream 1 Report NET KARD, Javier Sáez, 2012.
84. Furuoka F., Yee B.L.F., Mahmud R., *Japan and Asian Values: A Challenge for Japan's East Asian Policy in the New Century*, Journal of Contemporary Eastern Asia, Vol. 5 No.1.
85. Geneva Academy Of International Humanitarian Law And Human Rights, *The Situation Of Women 's Rights 20 Years After The Vienna World Conference On Human Rights*, June 2014, Academy In Brief No. 4.
86. Gerards J., *The Application of Article 14 by the European Court of Human Rights*, citat în Niessen J., Chopin I., *The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe*, Martinus Nijhoff Publications, Leiden, Boston, 2004.
87. Gil T., *La Diversité culturelle et la rationalité des droits de l'homme*, în *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, H. Pallard și S. Tzistzis (Directeurs), Maison d'Édition L'Harmattan, Paris, 1996.
88. Gittleman R., *The African Charter On Human And Peoples ' Rights: A Legal Analysis*, Virginia Journal of International Law, Vol. 22, Issue 4.
89. Glass-O'Shea B., *The Cultural Offense: How And Why Plaintiffs Bring Cultural Claims To Court*, The Journal Of Jurisprudence, 2009.
90. Goga G.L., *The General Principle of Non-discrimination and Equal Treatment in the Legislation and Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union*, Acta Universitatis Danubius, Volume 5, No.1/2013.
91. Goldman R.K., *History and Action: the Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights*, Human Rights Quarterly, Volume 31, Johns Hopkins University Press, 2009.
92. Goldman R.K., *History and Action: the Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights*, Human Rights Quarterly, American University Washington College, 2009.
93. Goldstein T.F., *Cultural Conflicts in Court: Should the American Criminal Justice System Formally Recognize A „Cultural Defense“?*, Dick. Law Review, Vol. 99, 1994.
94. Gómez Gómez E., *Equity, Gender and Health: Challenges For Action*, Review Panam Salud Publica, May/June 2002.
95. Goonesekere S. (editor), *Violence, Law and Women's Rights in South Asia*, Sage Publications, 2004.
96. Gordon N.A., *The Implications Of Memetics For The Cultural Defense*, Duke Law Journal, Vol. 50.
97. Grown C., Gupta G.R., Kes A., *Taking Action: achieving gender equality and empowering women*, UN Millennium Project, Task Force on Education and Gender Equality, 2005, London.
98. Harcourt W., *The Global Women 's Rights Movement: Power Politics around the United Nations and the World Social Forum*, Civil Society And Social Movements, Programme Paper Number 25, August 2006, United Nations Research Institute For Social Development.
99. Hennebel L., *The Inter-American System for Human Rights: Operation and Achievements*, International Human Rights Law in Global Context, Editors F. Gomez Isa and K. de Feyter HumanitarianNet, Bilbao, 2009.
100. Hernández-Truyol B.-E., *Latinas, Culture and Human Rights: A Model for Making Change, Saving Soul*, Women's Rights Law Reporter, Volume 23, Number 1, Summer/Fall 2001.
101. Hernández-Truyol B.-E., *Women's Rights as Human Rights – Rules, Realities and the Role of Culture: A Formula for Reform*, Brook Journal of International Law, Vol. XXI: 3, 1996.
102. Herrera-Sobek M., *Folklore and ethno-nationalism in Mexican-American Literary Production Adaptation and Transformation of Indigenous Folk Icons in the Chicando Movement*, Tradiciones, Volume 40, Issue 3, 2011.

103. Hobbes T., *Leviathan*, Ed. Richard Tuck, Cambridge, 1991.
104. Hofstede G., *Cultures and Organizations: Software of the Mind*, Harper Collins Business, London, 1994.
105. Hoon C.Y., *Revisiting the Asian Values Argument used by Asian Political Leaders and its Validity*, The Indonesian Quarterly, Vol. 32, No. 2, 2004.
106. Hosseini Z.M., *The Construction of Gender in Islamic Legal Thought And Strategies For Reform*, London, 2003, paper presented at the Islam Regional Workshop, 'Islamic Family Law and Justice for Muslim Women', 8-10 June 2001, Kuala Lumpur, Malaysia.
107. Huang M., *Debating Asian Values: Saying Too Little Or Saying Too Much?*, Academica Sinica, Program For Southeast Asian Area Studies, 2000.
108. Huneeus A., *Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights*, Cornell International Law Journal, Volum 44, Cornell University Press, 2011.
109. Iliopoulou A., *Principe d'égalité et de non-discrimination/ Principle of equality and nondiscrimination* in Auby J. B. & De la Rochère J. D. *Droit administratif européen/ European administrative law*, Bruylant, Bruxelles, 2007.
110. International Federation For Human Rights, *Demystifying human rights protection in Asia. Background paper*, November 2015.
111. International Federation University Women, *Women 's Human Rights: The State, the Church and the Female Body*, lucrare selectată din seria *Por la Descriminalización de las Mujeres en México (Towards the Decriminalisation of the Women of Mexico)*: seminar ținut de Mexican Federation of University Women (FEMU) at the University of Tabasco, Villahermosa, Mexico, Noiembrie 2013.
112. Iro M., *Igbo Ethics and Discipline in (The Igbo Socio-Political System) Papers Presented at the 1985 Ahiajoku Lecture Colloquium*. Owerri: Ministry of Information, Culture, Youth and Sports, 1985.
113. Itxaso M.E., *El Concepto Jurisprudencial de Accomodamiento Razonable. El Tribunal Supremo de Canada y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la Gestion de la Diversidad Cultural y Religiosa en el Espacio Publico*, Gobierno de Aragon, Ed. Thomson Reuters Arazandi, Pamplona, 2013.
114. Ivic S., *The four values of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, International Journal of Good Conscience, Vol. 4, ISSN 1870-557X, 2009.
115. Jacobsen M., Bruun O. (eds.), *Human Rights and Asian Values. Contesting National Identities and Cultural Representations in Asia*, Ed. Curzon Press, 2000.
116. Jacquemain M., Rosa-Rosso N., *Du bon usage de la laïcité*, Bruxelles, Aden, 2008.
117. Jezzini A.T., *Acculturation, Marianismo Gender Role, And Ambivalent Sexism In Predicting Depression In Latinas*, A Dissertation Presented to the Faculty of the Morgridge College of Education University of Denver.
118. Jonas O., *The practice of polygamy under the scheme of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa: a critical appraisal*, Journal of African Studies and Development, Vol. 4 (5), 2012.
119. Jones W.J., *Universalizing Human Rights: The ASEAN Way*, Paper presented at the 10th International Academic Conference in Vienna, 3 June 2014.
120. Juaristi F.J.R., *The Amicus Curiae in the Inter-American Court of Human Rights (1982-2013)*, Santa Clara University – School of Law, International Human Rights Clinic, 2014.
121. Kamau W., *Customary Law and Women's Rights in Kenya*, The Equality Effect Organization.
122. Kausikan B.K.H.P.S., *An East Asian Approach To Human Rights*, Buffalo Journal Of International Law, Vol. 2, 1995-1996.

123. Keith L.C., *The United Nations International Covenant on Civil and Political Rights: Does It Make a Difference in Human Rights Behavior?*, Journal Of Peace Research, Sage Publications, Volume 36, No. 1, 1999.
124. Kenny M., *Gender Equality & Social Exclusion Issues in Rural Development*, Module 11, BSC Rural Development by Distance Learning, (Copywrite to National University of Ireland), Delivered Jointly by NUI Universities in Dublin, Cork, Galway and Maynooth Adapted, Department of Adult and Community Education, National University of Ireland, Maynooth.
125. Kerubo K.R., *Female Genital Mutilation – Effects On Women And Young Girls*, A Thesis Submitted to Diaconia, University of Applied Sciences Diak South, Järvenpää Unit, 2010.
126. Khan N., *Women 's Rights in Conflict With People 's Cultural Autonomy: Problems of Cultural Accommodation*, World Academy of Science, Engineering and Technology International Journal of Social, Management, Economics and Business Engineering Vol. 8, Number 7, 2014.
127. Kim S.Y., *Do Asian Values Exist? Empirical Test Of Asian Values*, Journal Of East Asian Studies, Vol. 10, 2010.
128. King-Hopkins K.D., *Inter-American Commission on Human Rights: Is Its Bark Worse Than Its Bite in Resolving Human Rights Disputes*, Tulsa Law review, TU Law Digital Commons Publisher, Volum 35, Issue 2.
129. Koenen J., *Incorporating Difference: a reappraisal Of Human Rights And Asian Values*, The Center For Citizenship And Globalization, Deakin University Strategic Research Center, Paper Series, Vol. 4, No. 4, December 2013.
130. Kraft H.J.S., *Human Rights In SouthEast Asia: The Search For Regional Norms*, Working Paper, East West Center, Washington, No. 4, 2005.
131. Küng H., Kuschel K.J. (Editeurs.), *A Global Ethic. The Declaration of the Parliament of the World's Religions*, SCM Press, London Continuum, New York, 1993.
132. Lamarche L., Tobalagba A., *L'article 3 du Pacte International relatif au droits économique, sociaux et culturels*, Université du Québec à Montréal; University of Ottawa – Common Law Section, March 12, 2012, Social Science Electronic Publications.
133. Le U.P., *A Culture Of Human Rights In East Asia: Deconstructing „Asian Values” Claims*, University of California, Davis Journal Of International Law And Policy, Vol. 18, Issue 2, 2012.
134. Lee C., *Cultural Convergence: Interest Convergence Theory Meets the Cultural Defense?*, Arizona Law Review, Vol. 49, 2007.
135. Lerner N., *How Wide the Margin of Appreciation?*, 2005 în J. Woehrling, *L 'obligation d 'accommodement raisonnable et l 'adaptation de la société à la diversité religieuse*, McGill Law Journal, 1998.
136. Lester, A. (Lord Lester of Herne Hill), *Equality and UK Law: past, present and future*, Public Law, 2001.
137. Lewis H., *Between Irua and „Female Genital Mutilation”: Feminist Human Rights Discourse and the Cultural Divide*, Harvard Human Rights Journal, Vol. 8, Spring 1995.
138. Li C., *The Confucian Concept of Jen and the Feminist Ethics Of Care: A Comparative Study*, Hypatia Journal, Vol. 9, No. 1, 1994.
139. Lijjova R., *The Scope Of the Supremacy Clause Of The United Nations Charter*, International and Comparative Law Quarterly, Volume 57, 2008.
140. Limann L.H., *Widowhood Rites And The Rights Of Women In Africa: The Ugandan Experience*, LLM Thesis, Faculty of Law Makerere University Kampala, Uganda, 2003.
141. Loenen T., *The headscarf debate. Approaching intersection of sex, religion and race under the European Convention on Human Rights and EC equality law*, în *European Union Non-Discrimination Law. Comparative Perspectives On Multidimensional Equality Law*, Editori Dagmar Schiek și Victoria Chege, Ed. Routledge-Cavendish, Taylor and Francis Group, London and New York, 2009.

142. Loken M., *Bringing War Criminals To Justice and Justice To Victims: Mass Rape in Bosnia-Herzegovina And The Efficiency Of the ICTY*, Independent Study Project Collection, Paper 962, 2010.
143. Ludwig B.P., *Understanding Law and Religion as Culture: Making Room for Meaning in the Public Sphere*, Constitutional Forum 15.
144. Luño A.E.P., *Dimensiones De La Igualdad*, Instituto de Derechos Humanos Bartolome De Las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Fundacion El Monte, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.
145. Lupu Y., *Rules, Gaps and Power: Assessing Reform of the U.N. Charter*, Berkeley Journal of International Law, Volume 24, Issue 3, 2006.
146. Lyons S., *The Universal Declaration of Human Rights and the American Convention on Human Rights; Comparing Origins, Manifestations and Aspirations*, Master Thesis for the LL.M Program Department of Law University of Gothenburg School of Business, Economics and Law.
147. MacKinnon C.A., *Towards a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge, 1989.
148. Mahmood S., *The Pakistan Penal Code*, Vol. II, Fifth Edition, 1989.
149. Maluleke M.J., *Culture, Tradition, Custom, Law and Gender Equality*, PER/PELJ, No. 15, Issue 1, ISSN 1727-3781.
150. Maluleke M.J., Madonsela T., *Women and Law in South Africa. Gender Equality Jurisprudence in Landmark Court Decisions*, Department of Justice and Constitutional Development, South Africa, 2004.
151. Mautner M., *Essay. Three Approaches to Law and Culture*, Cornell Law Review, Vol. 96.
152. Mayer-Bisch P., *Quatre dialectique pour une identité*, in *Les identités culturelles*, Will Kymlicka et Sylvie Mesure, Revue de philosophie et de sciences sociales, nr. 1/2000, Ed. PUFF.
153. Mbiti J., *African Religions and Philosophy*, Heinemann, London, 1969.
154. McCann T.M., *Toward Uniform Interpretation of Human Rights Law*, Fordham International Law Journal, Volume 6, Issue 3, The Berkeley Electronic Press, 1982.
155. McCrudden C., *The New Concept of Equality*, Academy of European Law, Trier.
156. McIntosh C.A., Finkle J.L., *The Cairo Conference On Population And Development: A New Paradigm?*, Population and Development Review, Volume 21, no. 2, 1995.
157. Mendoza E., *Machismo Literature Review*, Center for Public Safety Initiatives, Rochester Institute of Technology, Draft of Working Paper 2009-12.
158. Meyer-Bisch P., *Les droits culturels forment-ils une catégorie spécifique des droits de l'homme?* in P. Meyer-Bisch, *Les droits culturels, une catégorie sous-développée de droits de l'homme*, Actes du VIII-e Colloque Interdisciplinaire sur les droits de l'homme, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Volume 22, 1993.
159. Mezey N., *Law as Culture*, The Yale Journal of Law & the Humanities, Vol.13.
160. Michaels R., *Legal Culture*, Forthcoming in Oxford Handbook of European Private Law, Basedow, Hopt, Zimmermann eds., Oxford University Press.
161. Mohd Azizuddin Mohd Sani, *Mahathir Mohamad As A Cultural Relativist: Mahathirism On Human Rights*, This paper was presented to the 17 Biennial Conference of the Asian Studies Association of Australia in Melbourne 1-3 July 2008.
162. Moisés A., *Sexualidad en Mesoamérica: machismo y marianismo*, articulo publicat in *Cientifica*, Vol. 1, Nº 1, época 2, 2012.
163. Moller S.O., *Feminism and Multiculturalism: Some tensions*, Ethics Journal, Chicago University Press, Vol. 108, 1998.
164. Monaghan K. QC, *Equality and Non-discrimination*, Bar European Group And Administrative Law Bar Association Annual Conference 2011, 29th – 30th May 2011 Athens.

165. Monroy Cabra M.G., *Rights And Duties Established By The American Convention On Human Rights*, The American University Law Review, Vol. 30, 1981.
166. Morange J., *Libertățile publice*, Ed. Rosetti, Ediția a 7-a actualizată, București, 2002.
167. Motahari A.M., *Woman and Her Rights in Islam*, a translation of Nizam-e Hoqouq-e Zan dar Islam, Published by the Islamic Seminar Publications, Iran Chamber Society.
168. Muraru I., Tănăsescu E.S., *Drept Constituțional și instituții politice*, Ed. Lumina Lex, București, 2001.
169. Musa R., Mohammed F.J., Manji F., *Breathing Life into The African Union Protocol on Women's Rights in Africa, Part Two – The Protocol Comes Into Force*, Faiza Jama Mohamed, *African Union Protocol on the Rights of Women in Africa: The SOAWR Campaign* 2006.
170. Muscalu L.-M., *Discriminarea în relațiile de muncă*, Ed. Hamangiu, București, 2015.
171. Namulondo J., *Female Genital Mutilation. A Case of the Sabiny in Kapchowra District, Uganda, A dissertation submitted in partial fulfillment for the degree: Master in Human Rights Practice Department of Social Anthropology, University of Tromsø School of Global Studies, University of Gothenburg School of Business and Social Sciences, Roehampton University, 2009.*
172. Navarette F., *La Malinche, la Virgen y la Montaña: el juego de la identidad en los codices tlaxcaltecas*, La Historia, Sao Paulo, Volume 26, No. 2, 2007.
173. Neary I., *Human Rights In Japan, South Korea and Taiwan*, Ed. Routledge, Taylor and Francis Group, London and New York, 2002.
174. Ngubane S.J., *Gender Roles In The African Culture: Implications For The Spread Of HIV/AIDS*, Assignment presented in partial fulfillment of the requirements for the degree of Master of Philosophy in HIV/AIDS Management at the Stellenbosch University, March 2010.
175. Nguyen A., *Through the Eyes of Women? The Jurisprudence of the CEDAW Committee*, The University Of Australia, Outskirts Online Journal, Volume 30, 2014.
176. Nielsen R., *Is European Union Equality Law capable of addressing multiple and intersectional discrimination yet? Precautions against neglecting intersectional cases*, în *European Union Non-Discrimination Law. Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law*, Editors Dagmar Schiek și Victoria Chege, Routledge Cavendish, Taylor and Francis Group, 2009, London and New York.
177. Nozick R., *Anarchy, State and Utopia*, Oxford: Basil Blackwell, 1974.
178. O'Connell R., *Cinderella comes to the Ball: Article 14 and the right to non – discrimination in the ECHR*, Legal Studies, The Journal of the Society of Legal Scholars, Volume 29, Issue 2, 2009.
179. Otto D., „Gender Comment”: *Why does the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights need a General Comment on Women?*, The University Of Melbourne, Faculty Of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper No. 31, Social Science Research Network Electronic Library, 2002.
180. Oyewumi O. (edt.), *Gender Epistemologies in Africa Gendering Traditions, Spaces, Social Institutions, and Identities*, Palgrave Macmillan Press, New York, 2011.
181. Oyewumi O., *The Invention of Women: Making an African Sense of Western Gender Discourses*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1997.
182. Ozoemena R.N., Hansungule M., *Re-envisioning Gender justice in African customary law through traditional institutions*, Policy Brief 63, November 2009, Center For Policy Studies, Johannesburg, South Africa.
183. Pascual C.G., *El velo y los derechos de las mujeres*, în *Derechos Fundamentales, Valores y Multiculturalismo*, Editori Ansuategui Roig F.J., Lopez Garcia J.A., del Real Alcala A., Ruiz Ruiz R., Fundacion El Monte, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

184. Pauw M. de, *Women's Rights: from bad to worse? Assessing the evolution of of incompatible reservations to the CEDAW Convention*, Merkourios Utrecht Journal Of International and European Law, Volume 29, Issue 77, 2013.
185. Pavel N., *Egalitatea în drepturi a cetățenilor și nediscriminarea*, Ed. Universul Juridic, București, 2010.
186. Petcharamesree S., *The ASEAN Human Rights Architecture: Its development And Challenges*, The Equal Rights Review, Vol. 11, 2013.
187. Petcharamesree S., *The Human Rights Body: A Test for Democracy Building in ASEAN*, International Institute For Democracy and Electoral Assistance, 2009, Sweden.
188. Pictet J., Gasser H.P., Junod S.-S., Pillou C., Preux J. De, Sandoz Y., Swinarski C., Wenger C.F., Zimmermann B., *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, International Committee of The Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva 1987.
189. Pictet J.S., *The Geneva Conventions of 12 august 1949. Commentary. IV Geneva Convention Relative To The Protection Of Civilian Persons In Time Of War*, Geneva, The International Committee Of The Red Cross, 1958.
190. Pictet J.S., *The Geneva Conventions of 12 august 1949. Commentary. I Geneva Convention For The Amelioration Of The Condition Of The Wounded And Sick In Armed Forces In The Field*, Geneva, International Committee Of The Red Cross, 1952.
191. Pictet J.S., *The Geneva Conventions of 12 august 1949. Commentary. II Geneva convention For The Amelioration Of The Condition Of Wounded, Sick And Ship Wrecked Members Of Armed Forces At Sea*, Geneva, International Committee Of The Red Cross, 1960.
192. Pictet J.S., *The Geneva Conventions of 12 august 1949. Commentary. III Geneva Convention Relative To The Treatment Of Prisoners Of War*, Geneva, International Committee Of The Red Cross, 1960.
193. Pimentelt D., *Legal Pluralism in Post-Colonial Africa: Linking Statutory and Customary Adjudication in Mozambique*, Yale Human Rights and Development Journal, Volume 14, Issue 1, 2011.
194. Poologasundram V., *Intestancy Rights of Widows In South Africa: Has Customary Law Been Oppressive?*, University of New South Wales Law Journal, Faculty of Law, No. 14-01, 2013.
195. Poologasundram V., *Intestancy Rights of Widows In South Africa: Has Customary Law Been Oppressive?*, University of New South Wales Law Journal, Faculty of Law, No. 14-01, 2013.
196. Post R.C., *Law and Cultural Conflict*, Yale Law School, 2001.
197. Preis A.B., *Human Rights As Cultural Practice: An Anthropological Critique*, Human Rights Quarterly, Vol. 18, Number 2, 1996.
198. Pruitt L.R., *Deconstructing CEDAW's article 14: Naming and Explaining Rural Differences*, William and Mary Journal of Women and the Law, Volume 17, Issue 2, 2011.
199. Pufendorf S., *De jure naturae et gentium. Gesammelte Werke, Band 4*, Ed. Frank Bohling, Berlin, 1998.
200. Pufendorf S., *De officio hominis et civis., Gesammelte Werke, Band 2*, Ed. Gerald Hartung, Berlin, 1997.
201. Raday F., *Culture, Religion and Gender*, I. CON, Oxford University Press and New York School of Law, Volume 1, Number 4, 2003.
202. Rammutla C.W.T., *The „Official” Version Of Customary Law Vis-à-Vis The „Living Law” Hananwa Family Law*, Doctoral Thesis, Department of International And Constitutional Law, College Of Law, University Of South Africa, Republic Of South Africa, 2013.
203. Rautenbach C., *Deep Legal Pluralism In South Africa: Judicial Accommodation of Non-State Law*, Journal of Legal Pluralism, 2010, nr. 60.

204. Rautenbach C., *Legal Pluralism in the Great Limpopo Transfrontier Conservation Area. South Africa. Mozambique. Zimbabwe*, 2011.
205. Ravnbrl C.I., *The Human Rights of Minority Women: Romani Women's Rights from a Perspective on International Human Rights Law and Politics*, International Journal on Minority and Group Rights Vol. 17, 2010.
206. Rawls J., *A Theory of Justice: Revised Edition*, Harvard University Press, Cambridge 1997, revizuită în Rawls J., *Political Liberalism*, Columbia Classics, New York, 1993 și în Rawls J., *Justice as Fairness: a Restatement*, Belknap Press, 2001.
207. Ray D.I., van Rouveroy van Nieuwaal E.B.A., *The New Relevance of Traditional Authorities in Africa*, Journal of Legal Pluralism, No. 1, 1996.
208. Rehman J., Ahmedov A., Mansoor S. (ed.), *Sources of Islamic Law. Teaching Manual*, The Higher Education Academy, UK Center For Legal Education, 2011.
209. Reichert E., *Keep on moving forward: NGO Forum on Women, Beijing, China*, Social Development Issues Review, Volume 18, Issue 1, 1998.
210. Reilly N., *Seeking gender justice in post-conflict transitions: towards a transformative women's human rights approach*, International Journal of Law in Context, Cambridge University Press, Transnational Justice Institute, University Of Ulster, 2007.
211. Rensburg J. van, *Mthembu v Letsela: The Non-Decision*, Potchefstroom Electronic Law Journal, Vol. 4, 2001.
212. Renteln A.D., *Making Room For Culture In The Court*, The Judges' Journal, Vol. 49, Number 2, 2010.
213. Renteln A.D., *The Use And Abuse Of The Cultural Defense*, Project Muse, Canadian Journal of Law and Society, vol. 20 no. 1, 2005.
214. Renucci J.F., *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Ed. Hamangiu, București, 2009.
215. Requejo F., *Religion and liberal democracies. Final Remarks*, în *Democracy, Law and Religious Pluralism in Europe. Secularism and post-secularism*, editori Ferran Requejo și Camil Ungureanu, Ed. Routledge Taylor and Francis, New York, 2014.
216. Rio F. del, *La Verdadera Historia de la Malinche*, Grijalbo, Uruguay, 2009.
217. Robert J., *Liberté de conscience, pluralisme et tolérance*, citat în *Liberté de conscience*, Conseil de l'Europe, 1993.
218. Robinson P.H., *Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis*, Columbia Law Review, Vol. 82, 1982.
219. Rodney W., *How Europe underdeveloped Africa*, Ouverture Publications, London, 1972.
220. Rodríguez-Pinzón D., Martin C., Revised and updated by Helena Solís Martín, *The Prohibition of Torture and Ill-Treatment in the Inter-American Human Rights System*, Sté Crea Concept Print, Geneva, First edition: September 2006 Second edition: April 2014.
221. Roseberry L., *Religion, ethnicity and gender in the Danish headscarf debate*, în *European Union Non-Discrimination Law. Comparative Perspectives On Multidimensional Equality Law*, Editori Dagmar Schiek și Victoria Chege, Ed. Routledge-Cavendish, Taylor and Francis Group, London and New York, 2009.
222. Rosett A., Cheng L., Woo M.Y.K., *East Asian Law, Universal Norms and Local Cultures*, Ed. Routledge Curzon, Taylor and Francis Group, London and New York, 2003.
223. Saastamoinen K., *Pufendorf on Natural Equality, Human Dignity, and Self-Esteem*, articol publicat în Journal of the History of Ideas, University of Pennsylvania Press, Volume 71, Number 1, January 2010.
224. Sams J.P., *The Availability of the „Cultural Defense” as an Excuse for Criminal Behavior*, Georgia Journal Of International And Comparative Law, Vol. 16, 1986.

225. Sarat A., Simon J., *Beyond Legal Realism: Cultural Analysis, Cultural Studies, and the Situation of Legal Scholarship*, Yale Journal Law & the Humanities, Vol. 13, 2001.
226. Sardenberg C., *Negotiating Culture in the Promotion of Gender Equality and Women's Empowerment in Latin America*, Institute of Development Studies, Working Paper, nr. 407, 2012.
227. Săuleanu L., Rădulețu S., *Dicționar de expresii juridice latine*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 2006.
228. Schaak B. Van, *Obstacles on the Road to Gender Justice: The International Criminal Tribunal for Rwanda as Object Lesson*, Journal Of Gender, Social Policy and the Law, Volume 17, Issue 2, 2009, published by American University Washington College Of Law, 2009.
229. Schneider J.M., *Recreating The Image Of Women In Mexico: A Genealogy Of Resistance In Mexican Narrative Set During The Revolution*, A Thesis Submitted to the Graduate Faculty of the Louisiana State University and Agricultural and Mechanical College in partial fulfillment of the requirements for the degree of Master of Arts in The Department of Foreign Languages and Literatures, Vordiplom, Johannes Gutenberg University, Mainz, Germany, May 2010.
230. Schrijver N.J., *The Future of the Charter of the United Nations*, Max Planck Yearbook Of United Nations Law, Volume 10, 2006, Koninklijke Brill N.V., printed in Netherlands.
231. Schuyler N., *Cultural Defense: Equality or Anarchy?*, San Francisco Weekly., 1991.
232. Seibert-Fohr A., *Domestic implementation of the International Covenant on civil and political rights pursuant to its article 2 paragraph 2*, Max Planck Yearbook Of United Nations Law, Kluwer Law International, Volume 5, 2001.
233. Sen A., *Human Rights and Asian Values*, Sixteenth Morgenthau Memorial Lecture On Ethics and Foreign Policy, Carnegie Council On Ethics and International Affairs, 1997.
234. Sepper E., *Confronting The „Sacred And Unchangeable”: The Obligation To Modify Cultural Patterns Under The Women's Discrimination Treaty*, Journal of International Law, Volume 30, Issue 2, 2008.
235. Sharif K.F., *Female Genital Mutilation: What Does The New Federal Law Really Mean?*, Fordham Urban Law Journal, Volume 24, Issue 2, 1996.
236. Shaver L., *The Inter-American Human Rights System: An Effective Institution for Regional Rights Protection?*, Washington University Global Studies Law Review, Volum 9, Issue 4, 2010.
237. Sikora D.W., *Differing Cultures, Differing Culpabilities?: A Sensible Alternative: Using Cultural Circumstances as a Mitigating Factor in Sentencing*, Ohio State Law Journal, Vol. 62, Number 1695, 2001.
238. Singh R., *A Holy Cause: Sharia as a Cultural Defense*, Penn State Law Review, Vol. 117, Number 2, 2012.
239. Smelser N.J., Baltes P.B., *International Encyclopedia of Social and Behavioral Sciences*, New York, Elsevier, Pergamon Press, 2001.
240. Smolin D.M., *Will International Human Rights Be Used As A Tool Of Cultural Genocide? The Interaction Of Human Rights Norms, Religion, Culture and Gender*, Cumberland Law School.
241. Southard J.L., *Protection of Women's Human Rights under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Pace International Law Review, Volume 8, Issue 1, 1996.
242. Spies A., *Amicus Curiae Participation, Gender Equality And The South African Constitutional Court*, a Thesis In fulfillment of the requirements for the degree Doctor Of Philosophy In the School of Law at the University of the Witwatersrand, 2014.
243. Stark B., *The Women's Convention, Reproductive Rights, and the Reproduction of Gender*, Duke Journal Of Gender Law And Policy, Volume 18, Issue 2011.
244. Stephen C., *Human Rights and Chinese Thought-A Cross Cultural Inquiry*, Angle, Ed. Cambridge University Press, 2002.

245. Stevens E., *Marianismo, la otra cara del machismo en Latino-America*, apud Ann Pescatelo, *Hembra y Macho en Latino America: Ensaio*, Edicion Diana, Mexico, 1997.
246. Stromseth J., Wippman D., Brooks R., *Can Might Make Rights? Building The Rule Of Law Afetr Military interventions*, 2006.
247. Sudre F., *Drept european și internațional al drepturilor omului*, Ed. Polirom, Iași, 2006.
248. Tăbușcă S., *Efectele hotărârilor CEDO și CJUE în dreptul intern. Analiză asupra dreptului la nediscriminare*, Ed. C.H. Beck, București, 2012.
249. Tamanaha B.Z., *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, Sydney Law Review, Vol. 30, 2008.
250. *The Application of the United Nations Charter to Domestic Law*, Fordham Law Review, Volume 20, Issue 1, 1951.
251. Thomson M.R., *Pacific Asia after „Asian Values”: authoritarianism, democracy and „good governance”*, Third World Quarterly Journal, Vol. 25, No. 6, 2004.
252. Thornberry P., *The UN Declaration on Rights of Persons Belonging to Minorities*, în A. Philips, A. Rosas (editors), *The UN Minority Declaration*, 1993.
253. Tomasevski K., *Women and Human Rights*, Zed Books, Michigan University, 1993.
254. Torron J.M., *Religious Pluralism. The case of the European Court of Human Rights*, în *Democracy, Law and Religious Pluralism in Europe. Secularism and post-secularism*, editori Ferran Requejo și Camil Ungureanu, Ed. Routledge Taylor and Francis, New York, 2014.
255. Toth A.G., *Equality in The Oxford Encyclopedia of European Community Law*, volume 1, Ed. Clarendon Press, 1990.
256. Tridimas T., *The General Principles of EC Law*, Ed. OUP, 1999.
257. United Nations Organization, Department Of Peace Keeping Operations, *Review Of The Sexual Violence Elements Of The Judgements Of The International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia, The International Criminal Tribunal For Rwanda, And The Special Court For Sierra Leone In The Light Of Security Council Resolution 1820*, United Nations Publications, New York, 2010.
258. United Nations Organization, *Women 's rights are human rights*, United Nations Publication, 2014.
259. Vázquez R., *Examining the Relationship between Gender Roles and Attitudes towards Rape Victims among Latino/as in the United States*, paper submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy under the Executive Committee of the Graduate School of Arts and Sciences, Columbia University, 2013.
260. Vickers L., *Religion and Belief Discrimination in Employment – the EU law*, Belgium, 2007.
261. Voiculescu N., Berna M.B., *Tratat de drept social internațional și european*, Ed. Universul Juridic, București, 2019.
262. Wang Y.X., *Contextualizing Universal Human Rights: An Integrated human Rights Framework For ASEAN*, Duke Journal Of Comparative And International Law, Vol. 25, 2015.
263. Waxman M.C., *Regulating Resort to Force: Form and Substance of the UN Charter Regime*, The European Journal Of International Law, Volume 24, no. 1, published by Oxford University Press, 2013.
264. Weiner P., *The Evolving Jurisprudence Of The Crime Of Rape In International Criminal Law*, Boston College Law Review, Volume 54, Issue 3, 2013, published by Law Journals at Boston College Law Review.
265. Wetzel-Wood J., *The World of Women: In Pursuit of Human Rights*, University Press, New York, 1993.
266. Woodcock A., Martin J., *Natural Law And The Universal Declaration Of Human Rights*, Journal of the History of International Law, Volume 8, Netherlands, 2006.

267. Zitnik E.M., *Embodied Rape: Ethnicity and Gender in the Prosecution of Wartime Rape in the Former Yugoslavia*, Honors Research Thesis, The Ohio State University, Department of Slavic and East European Languages and Cultures, May 2004.

268. Zucca L., *A marriage made in heaven? The relationship between religious pluralism and secularism*, în *Democracy, Law and Religious Pluralism in Europe. Secularism and post-secularism*, editori Ferran Requejo și Camil Ungureanu, Ed. Routledge Taylor and Francis, New York, 2014.

269. Zulficar M., *From Human Rights To Program Reality: Vienna, Cairo and Beijing in Perspective*, The American University Law Review, Volume 44, Issue 1017, 1995.

Legislație și Documente oficiale

1. Carta Organizației Națiunilor Unite.
2. Declarația Universală a Drepturilor Omului.
3. Convenția de la Viena cu privire la Dreptul Tratatelor.
4. Convenția pentru Eliminarea Tuturor Formelor de Discriminare Față de Femei.
5. Primul Protocol Adițional al Convențiilor de la Geneva.
6. Al Doilea Protocol Adițional al Convențiilor de la Geneva.
7. Pactul Internațional cu privire la Drepturile Civile și Politice.
8. Pactul Internațional cu privire la Drepturile Economice, Sociale și Culturale.
9. Protocolul Opțional la Pactul Internațional cu privire la Drepturile Economice, Sociale și Culturale.
10. Statutul Tribunalului Internațional pentru Fosta Iugoslavie.
11. Statutul Tribunalului Internațional pentru Rwanda.
12. Statutului Curții Penale Internaționale.
13. Principiile de la Paris adoptate de Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite la data de 20 decembrie 1993 prin rezoluția nr. 48/134.
14. Convenția Europeană a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale.
15. Tratatul de Instituire a Comunității Economice Europene.
16. Tratatul de la Amsterdam.
17. Tratatul de la Lisabona.
18. Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene.
19. Regulile de Procedură ale Curții Europene a Drepturilor Omului amendat de Curte pe data de 7 iulie 2003 și pe 13 noiembrie 2006.
20. Carta ASEAN.
21. Carta Organizației Statelor Americane amendată ulterior prin Protocolul de la Buenos Aires din 1967, Protocolul de la Cartagena de Indias din 1985, Protocolul de la Washington din 1992, Protocolul de la Managua din 1993.
22. Regulile de Procedură ale Curții Inter-Americane a Drepturilor Omului aprobate de Curte în timpul Sesiunii Ordinare nr. XLIX ținută în perioada 16-25 noiembrie 2000 și amendate parțial de Curte în timpul sesiunii ordinare LXXXII desfășurată în perioada 19-31 ianuarie 2009, amendate în cadrul sesiunii ordinare LXXXV desfășurată în noiembrie în perioada 16-28 2009.
23. Carta Organizației Unității Africane
24. Protocolul Adițional la Carta Africană a Drepturilor Omului și Popoarelor cu privire la Drepturile Femeii în Africa.
25. Constituția României.
26. Legea nr. 202/2002 cu privire la egalitatea de șanse și tratament între femei și bărbați, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 326 din 5 iunie 2013 cu modificările și completările ulterioare, inclusiv cele aduse prin Legea nr. 229/2015.

27. Legea nr. 217/2003 pentru prevenirea și combaterea violenței în familie, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 205, din 24 martie 2014, modificată prin Legea nr. 25/2012.
28. Legea nr. 286/2009 privind noul Cod Penal, publicată în Monitorul Oficial nr. 510 din 24 iulie 2009, intrată în vigoare de la 1 februarie 2014 cu modificările și completările ulterioare.
29. O.G nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 166 din 7 martie 2014.
30. Africa de Sud, *Actul cu privire la Reforma Dreptului Cutumiar al Succesiunilor și Reglementarea Aspectelor Conexe* nr. 11/2009 adoptat la 19 aprilie 2009.
31. Africa de Sud, *Actul nr. 120/1998 pentru Recunoașterea Căsătoriilor Cutumiare* adoptat pe data de 20 noiembrie 1998 și intrat în vigoare la 15 noiembrie 2000.
32. Africa de Sud, *Actul privitor la reglementarea moștenirilor legale* adoptat la 30 septembrie 1987 și intrat în vigoare la 18 martie 1988.
33. *American Declaration on the Rights and Duties of Man*, reprinted in Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System, OAS Doc. 1999.
34. Amnesty International, ARC International, Center for Constitutional Rights, Consultarea para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, Council for Global Equality Human Rights Watch International Gay and Lesbian Human Rights Commission, International Women's Human Rights Clinic at the City University of New York School of Law, Lawyers for Children, Inc., Legal Aid Society of New York, Legal Momentum, MADRE, National Center for Lesbian Rights, National Economic and Social Rights Initiative, New York City Bar Association, Women's Link Worldwide, *Amici curiae brief în cauza Karen Atala și ficele (Case 12.502) împotriva Chile CDH-S/2092*.
35. Amnesty International, *Mexico: Intolerable killings: 10 years of Abductions and Murders or Women in Ciudad Juárez and Chihuahua*, AMR 41/027/2003.
36. Amnesty International, *Violence Against Women in the name of Honour*, September 1999.
37. *Cairo Declaration on Human Rights in Islam* (5 August 1990) UN GAOR, World Conference on Human Rights, 4th Session, Agenda Item 5 (1993) UN Doc A/CONF.157/PC/62/Add.18 (English translation).
38. Comision of the European Communities, Directorat-General Information, Communication, Culture, Women's Information Service, *The Nairobi World Conference*, Supplement no. 24, Women of Europe.
39. Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *General recommendation No. 19, on violence against women*.
40. Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, 37th Session, *Concluding Comments of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women: Colombia*, 16, U.N. Doc. CEDAW/C/COL/CO/6 (Feb. 2, 2007).
41. Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, 38th Session, *Concluding Comments of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women: Vanuatu*, 14, U.N.Doc. CEDAW/C/VUT/CO/3 (June 11, 2007).
42. Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *General Recommendation No. 24: Article 12 of the Convention (Women and Health)*.
43. Committee On The Elimination Against Women, *General recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures*.
44. *Communication No. 24/1977*, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 at 224 1990.
45. *Communication No. R.9/35*, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) at 134 (1981).

46. *Communication No. 47/2012*, Communication to the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women Amicus Curiae, The Due Diligence Principle in the Inter-American System Applied to Gender-Based Violence, *Case Ángela González Carreño v. Spain*.
47. Convention of the OAU for the Elimination of Mercenarism in Africa, O.A.U. Doc. CM/433/Rev. L. Annex 1 (1972).
48. *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, General Assembly resolution 40/34, annex.
49. *Declaration of Mexico On The Equality Of Women And Their Contribution To Development And Peace*, United Nations, 1975
50. *Declarația de la Fribourg asupra drepturilor culturale* proclamată la 7 mai 2007.
51. Directorate-General for Internal Policies, Policy Department Citizens' Rights and Constitutional Affairs, *How could the Convention On The Elimination Of All Forms Of Discrimination Against Women (CEDAW) be implemented in the EU legal framework*, 2011
52. Documentele Grupului de Lucru însărcinat cu studierea drepturilor economice, sociale și culturale, în cadrul celei de-a Șaptea Sesiuni a Comisiei pentru Drepturile Omului, 1951.
53. *Drafting Process of the Draft Protocol on the Rights of Women in Africa* (Item 8(e)) DOC/OS/ (XXVII)/159b at 1.
54. European Justice Commission, *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law*, European Communities, Luxembourg, 2011.
55. European Union Agency For Fundamental Rights, The European Court of Human Rights, *Handbook on European Non-Discrimination Law*, Ed. Imprimerie Centrale, Luxembourg, 2011.
56. Expert Group on gender-related killing of women and girls, Bangkok, 11-13 November 2014, *Gender-related killing of women and girls: promising practices, challenges and practical recommendations*
57. Final Declaration of the Regional Meeting for Asia of the World Conference on Human Rights in U.N. General Assembly, *Report of the Regional Meeting for Asia of the World Conference on Human Rights* [hereinafter *Bangkok Declaration*], A/CONF.157/ASRM/8 A/CONF.157/PC/59, Mar 29-Apr 2 1993.
58. General Comment no. 16/2005, *Article 3: the equal right of men and women to the enjoyment of all economic, social and cultural rights*, Committee On Economic, Social and Cultural Rights, Thirty-fourth session, Geneva, 25 April – 13 May 2005, Item 3 of the provisional agenda *Peace*, Copenhagen, 14 to 30 July 1980, United Nations, New York, 1980.
59. General Comment no. 20, *Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, Committee On economic, Social and Cultural Rights, Forty-second session, Geneva, 4-22 May 2009, Agenda item 3.
60. Human Life International, *The Maputo Protocol. Clear and Present Danger*, Virginia, 2007.
61. Human Rights Committee, *General Comment no. 18*, Thirty-seven session, adopted 10 November 1989, HRI/GEN Review 9, Volume 1.
62. Human Rights Committee, Sixty-eighth session adopted: 29 March 2000, 1834th meeting, *General Comment No. 28, article 3 The equality of rights between men and women*, replaces general comment No. 4.
63. Inter-American Commission on Human Rights, *Access to justice for women victims of violence in the Americas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, January 20, 2007.
64. Inter-American Commission on Human Rights, *The Situation of the Rights of Women in Ciudad Juárez, Mexico: The Right to be Free from Violence and Discrimination*, Document no. 44, March 7, 2003.

65. *Intersections between Women's Equality, Culture and Cultural Rights*, Report Of The South Asia Plus Consultation On Culture, Women and Human Rights, New Delhi., 2011
66. Laws of Kenya, *Law of Succession Act, Chapter 160*, Revised Edition 2012, Published by the National Council for Law Reporting with the Authority of the Attorney-General.
67. League of Arab States, *Arab Charter on Human Rights*, May 22, 2004, reprinted in 12 Int'l Hum. Rts. Rep. 893 (2005).
68. *Legislation To Address The Issue Of Female Genital Mutilation (FGM)*, Expert Group Meeting on good practices in legislation to address harmful practices against women, United Nations Conference Centre Addis Ababa, Ethiopia 25 to 28 May 2009.
69. Ministerio de Desarrollo Social, Instituto Nacional de las Mujeres, Directora Lic. Carmen Beramendi, *Articulado Convención Interamericana de Belém do Pará Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer*, 2002.
70. *Nairobi+21 Commemorating the Third UN World Conference On Women*, Compiled by the African Woman and Child Feature Service, with support from the Heinrich Böll Foundation – Regional Office for East and Horn of Africa, 2007.
71. OAU, *Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa*, adopted by the Assembly of Heads of State and Government at its Sixth Ordinary Session, entered into force 20 June 1974 In Accordance With Aarticle XI Addis-Ababa, 10 September 1969.
72. *Report Of The Fourth World Conference on Women*, Beijing, 4-15 September 1995, United Nations, New York, 1996.
73. *Report of the International Conference on Population and Development*, Cairo, 5-13 September 1994.
74. *Report of the World Conference to Review and Appraise the Achievements of the United Nations Decade For Women: Equality, Development and Peace*, Nairobi, 15-26 July 1985, United Nations, New York, 1986.
75. *Report on the World Conference of the International Women's Year*, Mexico City, 19 June-2 July 1975, United Nations, New York, 1976, Chapter IV *Constitution of the Conference*, paragraf 5.
76. Resolution XL, in *Report of the Delegation of the United States of America to the Inter-American Conference on Problems of War and Peace*, 1946.
77. Solidarity For African Women's Rights Coalition, *A Pan African Strategic Framework For The Fifth Phase Of The Campaign On African Union 's Protocol To The African Charter On Human And People 's Rights On The Rights Of Women In Africa*, 2013-2018.
78. The Centre for Gender and Social Policy Studies, Obafemi Awolowo University, Ile-Ife, Nigeria, *Culture, Gender and Development*, A Report submitted to the African Institute for Economic Development and Planning (IDEP), Dakar, Senegal, October 2001.
79. The Human Rights Clinic at The University of Texas School of Law, The Equal Rights Trust, *Amicus Curiae on the Discriminatory Impact of the In Vitro Fertilization Ban on Women and Infertile Individuals*, Inter-American Court of Human Rights Case No: 12.361 Gretel Artavia Murillo et al („In Vitro Fertilization”) v. Costa Rica.
80. The Inter-American Commission of Women Organization of American States, The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, The United Nations Latin American Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders – Women, Justice, and Gender Program, *Violence in the Americas A Regional Analysis*, iulie 2001.
81. The International Women's Human Rights Clinic Georgetown University Law Center and The Federation of Women Lawyers: Kenya, *Empowering Women With Rights to Inheritance—A Report on Amendments to the Law of Succession Act Necessary to Ensure Women's Human Rights: A Human Rights Report and Proposed Legislation*, Georgetown Journal of International Law, Vol. 40, 2009.

82. *The Millennium Development Goals Report*, United Nations, New York, 2015.
83. The Organization Of American States, Inter-American Court of Human Rights, *Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System*, 2012.
84. *The Vienna +20 CSO Declaration – Strengthening the Human Rights Movement Globally*, adoptată la Viena pe 26 iunie 2013.
85. The Woodrow Wilson International Center For Scholars, *Beijing +20 Looking Back and The Road Ahead. Reflections On Milestones in Women 's Leadership in the 21st Century* 2014.
86. UNICEF Egypt, *Female Circumcision: Between the Incorrect Use of Science and The Misunderstood Doctrine*, 2013.
87. UNICEF, *Female Genital Mutilation/Cutting: A statistical overview and exploration of the dynamics of change*, New York, 2013.
88. United Nations, *Report on Mexico produced by the Committee on the Elimination of Discrimination against Women under Article 8 of the Optional Protocol of the Convention*, and reply from the Government of Mexico.
89. WHO, UNICEF and UNFPA, *Female Genital Mutilation: A joint WHO/UNICEF/UNFPA statement*, World Health Organization, Geneva, 1997.

Jurisprudență

1. Cauza *Abdulaziz, Cabales și Balkandali împotriva Marii Britanii*, hotărârea nr. 9214/80, 9473/80 și 9474/81 din 28 mai 1985, Seria A nr. 94, paragraf 72.
2. Cauza *AL Serbia (FC) împotriva Secretarului de Stat Pentru Departamentul de Locuințe*, 2008.
3. Cauza *Amod v Multilateral Motor Vehicle Accidents Fund (Commission for Gender Equality Intervening)* 1999 SA (4) 1319 (SCA).
4. Cauza *Aspecte specifice ale legii privind folosirea limbilor oficiale în sistemul educațional belgian împotriva Belgiei*, Hotărârea din 23 iulie 1968, Seria A, nr. 6.
5. Cauza *Bilka Kaufhaus Gmb împotriva Weber von Hartz*, 1986, cauza nr. 170/84.
6. Cauza *Caballero-Delgado and Santana v. Colombia*, Hotărârea pronunțată pe 8 Decembrie 1995, de Curtea Inter-Americană a Drepturilor Omului Nr. 22, paragraf 67.
7. Cauza *Campbell și Consans împotriva Regatului Unit*, paragraful 36.
8. Cauza *Deutsche Telekom AG, formerly Deutsche Bundespost Telekom v Lilli Schröder* Hotărârea Curții C-50/96 din 2000.
9. Cauza *Dudgeon împotriva Regatului Unit*, 1981, Seria A, nr. 45.
10. Cauza *Gabrielle Defrenne împotriva Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena* Hotărârea Curții C-43/75 din 1976.
11. Cauza *Gonzalez et al. („Cotton Field”) v. Mexico*, hotărârea Curții pronunțată pe data de 16 noiembrie 2009.
12. Cauza *Jessica Lenahan (Gonzales) et al. v. United States*, Cauza nr.12.626, Comisia Inter-Americană a Drepturilor Omului, Raportul 80/11, 2011.
13. Cauza *Jippes și alții*, hotărârea Curții I-5689 din 2001.
14. Cauza *Loayza Tamayo v. Peru*, Hotărârea pronunțată pe 17 Septembrie 1997 de Curtea Inter-Americană a Drepturilor Omului, Nr.33, paragraful 80.
15. Cauza *Marta Lucía Álvarez Giraldo v. Colombia*, Cauza nr. 11.656, Comisia Inter-Americană a Drepturilor Omului, Raportul Nr. 71/99.
16. Cauza *of the Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala*. Reparations and Costs, paragraph 49.19.
17. Cauza *Pacheco Tineo Family vs. Bolivia*, hotărârea Curții de pe 25 noiembrie 2013.

18. Cauza *Partidul Comunist Unificat al Turciei și alții împotriva Turciei*, 30 ianuarie 1998, paragraf 57.
19. Cauza *Portugalia împotriva Consiliului*, hotărârea Curții I-8395.
20. Cauza *R (RJM) împotriva Secretarului de Stat pentru Muncă și Pensii*, 2007.
21. Cauza *R. împotriva Registrar General*, Ex parte Segerdal, 1970.
22. Cauza *R. împotriva Registrului General de Nașteri, Decese și Căsătorii*, 2013.
23. Cauza *Sermide SpAv Cassa Conguaglio Zuccherro și alții*, hotărârea Curții C 106/83.
24. Cauza *Stork și Cie împotriva Înaltei Autorități CECO*, hotărârea Curții C-1/58 din 4 februarie 1959.
25. Cauza *Thembisile and Another v Thembisile and Another* 2002 (2) SA 209 (T).
26. Cauza *Toms Fabrikker*, 2001, cauza nr. B-0877/00.
27. Cauza *Ugeskrift for Retswasen*, 2000, cauza nr. 2350//.
28. Cauza *Ugeskrift for Retswasen*, 2005, cauza nr. 1256H.
29. Cauza *Van Breda contra Jacobs*, 1921, AD 330.
30. Cauza *Van Gend en Loos împotriva Administratie der Belastingen*, hotărârea Curții C-26/62 din 5 februarie 1963.
31. Cauza *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, Curtea Inter-Americană a Drepturilor Omului, seria C, Nr. 4, 29 iulie, 1988.
32. Cauzele *Bhe and Others v The Magistrate, Khayelitsha and Others; Shibi v Sithole and Others Case; South African Human Rights Commission and Another v President of the Republic of South Africa* 2005 (1) SA 563 (CC); 2005 (1) BCLR 1 (CC).
33. Case *Maia Da Penha v. Brazil*, the Inter-American Commission on Human Rights, case no. 12.051, Report no. 54/01.
34. Case *Ana, Beatriz and Celia Gonzales Perez v. Mexico*, the Inter-American Commission on Human Rights, case no. 11.565, Final Report of the Commission no. 53/01.
35. Case *Maria Eugenia Morale de Sierra v. Guatemala*, Inter-American Commission on Human Rights, Case no. 11.625, Final Report, 28/1998.
36. Case of *Raquel Martin de Mejia v. Peru*, La Comision Inter-Americana de Derechos Humanos, Informe Final no. 5/1996, caso 10.970.
37. Case *X and Y v. Argentina*, Merits, Case no. 10.506, Inter-American Human Rights Commission report no. 38/1996, 1996.
38. Case *Las Dos Erres Massacre v. Guatemala*, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment of the Inter-American Court of Human Rights, 24 November, 2009.
39. Case *Gonzales et. al v. Mexico*, Preliminary Objection, Merits, Reparations, Costs, Judgment of the Inter-American Court of Human Rights of 16 November 2009.
40. Case *Miguel Castro Castro Prison v. Peru*, Merits, Reparations and Costs, IACHR Series C, No. 160, 25 November 2006, Inter-American Court of Human Rights.
41. Case *Mohammad Ahmed Khan vs. Shah Bano*, case no. 16, Supreme Court of India, Judgement 23 April 1985.
42. Case *The People vs. Dong Lu Chen*, no. 87-7774, New York Supreme Court, December 1988.
43. Case *People vs. Kimura*, No. A-091133, Superior Court of Los Angels County, 24 April 1985.
44. Case *People vs. Kong Moua*, non jury trial, Fresno Superior Court, 1985.
45. Case *Friedman vs. State*, New York Court, no. 42822, 1967.
46. Cauza *US v Oswald Pohl and Others*, Judgement of 3 November 1947, reprinted in *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council No. 10*, Vol 5, (1997).
47. Cauza *Marckx împotriva Belgiei*, hotărârea din 13 iunie 1979, Seria nr. 31.

48. Cauza *Niemietz împotriva Germaniei*, 16 decembrie 1992, paragraf 29.
49. Cauza *Kokkinakis împotriva Greciei*, 25 mai 1993, paragraf 31.
50. Cauza *Janis Khan împotriva Regatului Unit*, nr. 11579/1996, 7 iulie 1996.
51. Cauza *D împotriva Franței*, nr. 10180/1982, 6 decembrie 1983.
52. Cauza *Akayesu*, case no. ICTR-96-4-T, 2 September 1998.
53. Cauza *Anto Furundzija*, case no.: IT-95-17/1-T, 10 December 1998.
54. Cauza *Serif împotriva Greciei*, 14 decembrie 1999, paragraf 53.
55. Cauza *Alfred Musema*, case no. ICTR-96-13-A, 27 January 2000.
56. Cauza *Thlimmenos împotriva Greciei* din 6 aprilie 2000.
57. Cauza *Dahlab împotriva Elveției*, 15 februarie 2001.
58. Cauza *Mikulic împotriva Croației*, 7 februarie 2002.
59. Cauza *Şahin împotriva Turciei*, 29 iunie 2004 și 10 noiembrie 2005.
60. Cauza *Campagno împotriva Italiei*, 23 martie 2006, paragraf 53.
61. Cauza *Dogru împotriva Franței*, 4 decembrie 2008.
62. Cauza *Kunarac, Kovac, Vukovic*, case no. IT-96-23&IT-96-23/1-A, 12 June 2002.
63. Cauza *D.H. împotriva Cehiei*, Aplicația nr. 57325/00, 2007, paragraful 175.
64. Cauza *Rasmussen împotriva Danemarcei*, hotărârea din 28 noiembrie 1984, Seria A, nr. 87.

Cuprins

CUVÂNT-ÎNAINTE.....	7
LISTA ABREVIERILOR.....	9
INTRODUCERE.....	11
CAPITOLUL I	
CONCEPTE TRANSDISCIPLINARE RELEVANTE PENTRU CERCETAREA DREPTURILOR OMULUI ȘI A DREPTURILOR FEMEII. STUDIU ASUPRA ECHIVALENTELOR JURIDICE.....	21
I. Precizări conceptuale.....	21
I.1. Dificultatea de conceptualizare și operaționalizare: cultura, legea; cultura-legea; cultura legală.....	21
I.2. Cultura drepturilor omului. Analiza tensiunii dintre universalismul drepturilor omului și relativismul cultural.....	26
I.3. Cultura drepturilor femeii. O aplicație particulară a tensiunii dintre universalismul drepturilor omului și relativismul cultural.....	30
II. Corespondența în plan juridic a conceptelor relevante pentru cercetare.....	39
II.1. De la sociologic la juridic – instituția apărării culturale și relevanța sa pentru înțelegerea dezbaterii universalismul drepturilor omului – relativismul cultural.....	39
II.2. Dreptul la identitate.....	48
II.3. Drepturile culturale ca aspect juridic circumscris dreptului la identitate.....	53
CAPITOLUL II	
INTEGRAREA FACTORULUI CULTURAL ÎN ANALIZA EGALITĂȚII DE GEN ÎN DREPTUL INTERNAȚIONAL AL DREPTURILOR OMULUI ȘI ÎN DREPTUL INTERNAȚIONAL UMANITAR.....	61
I. Angajamente globale ale Organizației Națiunilor Unite în domeniul drepturilor femeii.....	61
I.1. Primul Angajament Global ONU specializat în materia drepturilor femeii.....	62
I.2. Continuarea demersurilor în materie: Conferința de la Copenhaga.....	64
I.3. Strategiile de la Nairobi.....	65
I.4. Re-evaluarea din cadrul Conferinței de la Viena: drepturile femeii sunt drepturi ale omului.....	66
I.5. Conferința de la Cairo: afirmarea drepturilor sexuale și reproductive.....	69
I.6. Conferința de la Beijing: diagnoza angajamentelor globale anterioare.....	72
I.7. Obiectivele Mileniului.....	73
I.8. Declarația Universală a Drepturilor Omului – un angajament global suis generis.....	74
II. Dreptul constrângător al ONU în domeniul egalității.....	76
II.1. Egalitatea și drepturile omului în Carta ONU.....	77

II.2. Egalitatea, nediscriminarea și drepturile femeii în Pactul Internațional cu privire la Drepturile Civile și Politice	80
II.2.1. Evaluarea teoretică a standardelor egalității	80
II.2.2. Aplicații ale egalității în cazuistica Comitetului Drepturilor Omului	83
II.3. Pactul Internațional cu privire la Drepturile Economice, Sociale și Culturale: particularități ale teoriei egalității	87
II.4. Convenția pentru Eliminarea tuturor Formelor de Discriminare față de Femei – un model suis generis de garantare a egalității	89
II.4.1. Clarificări conceptuale: egalitate sau echitate	89
II.4.2. Standardele convenționale în materia egalității	91
II.4.3. Implicațiile factorului cultural asupra egalității: standardul egalității transformative	93
II.4.4. Analiza de conținut	94
II.4.5. Standardele egalității în cazuistica Comitetului pentru Eliminarea Discriminării față de Femei	98
II.4.6. Critica asupra eficienței Convenției: situația rezervelor	103
III. Aspecte ale egalității de gen în dreptul internațional umanitar	105
III.1. Preliminarii	105
III.2. Protecția drepturilor femeilor în Convențiile de la Geneva și în Protocoalele Adicionale	107
III.2.1. Convențiile de la Geneva	107
III.2.2. Protocoale Adicionale ale Convențiilor de la Geneva	110
III.3. Perspectiva de gen asupra infracțiunilor cuprinse în Statutul Tribunalului Internațional pentru Fosta Iugoslavie, în statutul Tribunalului Internațional pentru Rwanda și în Statutul Curții Penale Internaționale	113
III.3.1. Statutul Tribunalului Internațional pentru Fosta Iugoslavie	113
III.3.2. Statutul Tribunalului Internațional pentru Rwanda	114
III.3.3. Statutul Curții Penale Internaționale	116
IV. Drepturile femeilor în jurisprudența Tribunalului Internațional pentru Fosta Iugoslavie și în Jurisprudența Tribunalului Internațional pentru Rwanda	117
IV.1. Jurisprudența Tribunalului Internațional pentru Fosta Iugoslavie	117
IV.2. Jurisprudența Tribunalului Internațional pentru Rwanda	122
V. Inițiative la nivel internațional în domeniul drepturilor femeilor. Unele considerații privind integrarea factorului cultural	125
V.1. Analiză substanțială a corelației dintre drepturile culturale și drepturile femeilor conform parametrilor de referință ai Raportorului Special ONU în domeniul drepturilor culturale	125
V.2. Exercițarea mandatului instituțiilor naționale de drepturile omului în problema de gen: Declarația și Programul de Acțiune de la Amman	127
V.3. Problema de gen ilustrată în Declarația de la Marrakech	129
V.4. Declarația comună a Comitetului Națiunilor Unite privind eliminarea tuturor formelor de discriminare împotriva femeilor și a Comitetului Națiunilor Unite pentru Drepturile Copilului – „Protejarea și abilitarea fetelor și solicitarea egalității”	130

CAPITOLUL III

TEORIA EGALITĂȚII ÎN SISTEMUL DE DREPT AL CONSILIULUI EUROPEI ȘI AL UNIUNII EUROPENE. STUDIU ASUPRA CRITERIILOR GEN ȘI CULTURĂ	132
I. Teoria egalității. Caracterul său compozit și găsirea unui standard comun	132
II. Teoria egalității în sistemul de drept al Convenției Europene a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale.....	138
II.1. Analiză asupra transpoziției teoriei egalității în cuprinsul art. 14 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale.....	138
II.2. Analiză asupra transpoziției teoriei egalității în cuprinsul art. 1 din Protocolul 12 al Convenției Europene a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale	145
II.3. Introducerea factorului cultural în studiul întreprins asupra teoriei egalității în contextul Convenției Europene a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale	147
II.4. Prolegomene la explicațiile jurisprudențiale ale discriminării în funcție de factorul cultural și de criteriul sex: (1) pluralismul religios; (2) neutralitatea statală; (3) raportul dintre stat și religie.....	151
II.5. Abordarea jurisprudențială a discriminării în funcție de sex și cultură. Cazul portului vălului islamic.....	153
II.5.1. Prima premisă pentru formularea problemei: discriminarea inter-secțională	153
II.5.2. A doua premisă necesară în formularea problemei: Portul vălului în cultura islamică.....	155
II.5.3. Ilustrarea problemei portului vălului islamic în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului: Cauza Dahlab împotriva Elveției, cauza Șahin împotriva Turciei și cauza Dogru împotriva Franței. Unele critici și observații la adresa opiniei Curții Europene a Drepturilor Omului.....	157
II.6. Analiza Convenției de la Istanbul din prisma consolidării perspectivei juridice asupra relației dintre gen și cultură.....	161
III. Teoria egalității în sistemul de drept al Uniunii Europene	165
III.1. Analiza diacronică a circumstanțelor care au determinat formularea problemei egalității în sistemul de drept al Uniunii Europene	165
III.2. Principiul egalității reflectat în legislația primară a Uniunii Europene. Posibila transpoziție în modele interdisciplinare de analiză.....	167
III.3. Principiul egalității reflectat în legislația secundară a Uniunii Europene. Posibila transpoziție în modele interdisciplinare de analiză.....	172
III.4. Cazul particular al Directivelor 2000/78/CE și 2000/43/CE. Argument în favoarea criteriului cultural al nediscriminării	174
III.5. Comentarii asupra portului vălului islamic în sistemul de drept al Uniunii Europene. Posibile scenarii de interpretare și aplicații la nivel național	178
IV. Privire comparativă asupra modului de reflectare a teoriei egalității în cele două sisteme de drept la nivel european	183

CAPITOLUL IV

DREPTURILE FEMEII ÎN SISTEMUL INTER-AMERICAN DE DREPT.

RELEVAREA INFLUENȚELOR CULTURALE	187
I. Concepte culturale relevante pentru construirea rolurilor de gen în sistemul inter-american de protecție a drepturilor omului	187
I.1. Modelul marianismului sau despre idealul feminin în sistemul inter-american de drept	187
I.2. Fenomenul Las Madres de la Plaza de Mayo și modificarea modelului inițial al marianismului	188
I.3. Machismul sau dialectica marianismului în sistemul inter-american de drept	189
I.4. Femicidul – consecință a interacțiunii modelelor culturale ale marianismului și machismului	190
II. Particularități ale sistemului inter-american de drept. Implicații asupra drepturilor femeii	191
II. 1. Organizația Statelor Americane – primul pilon în construirea sistemului inter-american de protecție a drepturilor omului	191
II.2. Mandatul Comisiei Inter-Americane în protecția drepturilor omului	195
II.3. Mandatul Curții Inter-Americane în protecția drepturilor omului	199
II.4. Dualitate și complementaritate în mandatul Comisiei și Curții Inter-Americane	201
II.5. Instituția procedurală amicus curiae. Contribuția opiniilor sale în protecția drepturilor omului la nivel regional	203
II.6. Aplicații ale opiniilor amicus curiae în materia protecției drepturilor femeii	207
III. Analiza teoriei nediscriminării prin raportare la documentele-cadru ale sistemului de drept inter-american	212
III.1. Declarația Americană a Drepturilor și Obligațiilor Omului	212
III.2. Convenția Americană a Drepturilor Omului	215
III.3. Convenția inter-americană cu privire la prevenirea, pedepsirea și eradicarea violenței împotriva femeilor (Convenția Belem do Para)	218
IV. Analiza jurisprudențială a criteriilor gen și cultură în actele de violare a drepturilor femeii	221
IV. 1. Hotărâri ale Curții Inter-Americane a Drepturilor Omului	221
IV. 1.1. Cauza Închisoarea Miguel Castro-Castro împotriva Peru	221
IV.1.2. Cauza Gonzales și alții împotriva Mexicului	225
IV.1.3. Cauza Masacrul Las Dos Erres împotriva Guatemalei	231
IV.2. Decizii ale Comisiei Inter-Americane a Drepturilor Omului	233
IV.2.1. Cauza Raquel Martin de Mejia împotriva Peru	233
IV.2.2. Cauza X și Y împotriva Argentinei	234
IV.2.3. Cauza Maria Eugenia Morales de Sierra împotriva Guatemalei	238
IV.2.4. Cauza Ana, Beatriz și Celia Gonzales Perez împotriva Mexicului	241
IV.2.5. Cauza Maria da Penha Maia Fernandes împotriva Braziliei	244

CAPITOLUL V

IMPLICAȚIILE DREPTULUI CUTUMIAR ASUPRA PROTECȚIEI JURIDICE
A DREPTURILOR FEMEII ÎN SISTEMUL AFRICAN DE PROTECȚIE A

DREPTURILOR OMULUI.....	246
I. Stabilirea reperelor generale de analiză: gen, cultură și justiție în sistemul african de protecție a drepturilor omului	246
I.1. Relația gen-cultură	246
I.2. Relația cultură-justiție	248
I.3. Relația cultură-lege și pluralismul legal.....	249
II. Dreptul cutumiar și aplicațiile sale în materia drepturilor femeii	252
II.1. Dreptul cutumiar în sistemul juridic african. Caractere generale	252
II.2. Aplicații ale dreptului cutumiar în sfera de protecție a drepturilor femeii.....	255
II.2.1. Mutilările genitale feminine.....	255
II.2.1.1. Delimitări conceptuale	255
II.2.1.2. Cauze culturale ale mutilării genitale feminine	256
II.2.1.3. Mutilarea genitală feminină în instrumentele juridice	258
II.2.2. Căsătoriile cutumiare	262
II.2.2.1. Caracteristici generale.....	262
II.2.2.2. Reglementarea căsătoriei cutumiare	263
II.2.2.3. Africa de Sud	263
II.2.2.4. Kenya	265
II.2.2.5. Uganda	266
II.2.3. Drepturile femeilor văduve	267
II.2.3.1. Caractere generale.....	267
II.2.3.2. Tratamentul juridic al văduvelor.....	268
II.2.3.2.1. Africa de Sud	268
II.2.3.2.2. Kenya	271
II.2.3.2.3. Uganda	273
III. Dreptul statutar și aplicațiile sale în materia drepturilor femeii	274
III.1. Carta Africană a Drepturilor Omului și a Popoarelor.....	274
III.1.1. Evoluție și adoptare	274
III.1.2. Reglementarea factorului cultural.....	276
III.1.3. Dreptul la egalitate și nediscriminare	277
III.2. Protocolul Adițional la Carta Africană a Drepturilor Omului și Popoarelor cu privire la Drepturile Femeii în Africa.....	278
III.2.1. Contextul adoptării	278
III.2.2. Conținut	279
III.3. Inițiative sub-regionale în materia egalității	283
III.3.1. Considerente generale ale adoptării instrumentelor sub-regionale	283
III.3.1.1. Rolul dreptului islamic în comunitatea africană.....	283
III.3.1.2. Raporturile de gen în dreptul islamic.....	285
III.3.2. Declarația de la Cairo asupra Drepturilor Omului.....	287
III.3.3. Carta Arabă a Drepturilor Omului	290
IV. Drepturile femeii în jurisprudența africană	291
IV.1. Cauza Bhe și alții împotriva magistraților.....	291
IV.2. Cauza Thembisile împotriva Thembisile.....	295

IV.3. Cauza Amond împotriva Fondului Multilateral de Despăgubire a Victimelor în Caz de Accidente Produse de Vehicule.....	297
--	-----

CAPITOLUL VI

PREVALENȚA CULTURII ȘI LIMITELE DREPTURILOR FEMEII ÎN SISTEMUL ASIATIC DE PROTECȚIE A DREPTURILOR OMULUI.....	299
I. Valorile asiatice ca paradigmă a protecției juridice a drepturilor omului	299
II. Aplicarea modelului confucianist în protecția juridică a drepturilor femeii	302
III. Inițiative juridice sub-regionale în materia protecției drepturilor femeii.....	304

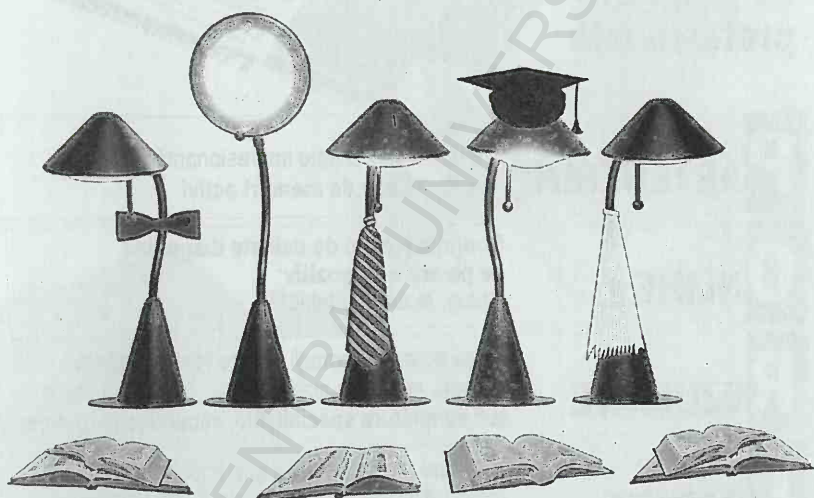
CAPITOLUL VII

COORDONATE ESENȚIALE ALE SISTEMULUI NAȚIONAL ÎN MATERIA RAPORTULUI DINTRE GEN ȘI CULTURĂ.....	310
I. Factorul cultural ca realitate socială în context național	310
II. Factorul cultural ca element de modernizare a legislației naționale în domeniul drepturilor femeilor.....	312
III. Contribuții ale factorului cultural la (re)configurarea jurisprudenței naționale....	317
IV. Acțiuni naționale de transpunere a normelor internaționale în domeniul egalității de gen și în domeniul prevenirii și combaterii violenței.....	318
CONCLUZII.....	329
BIBLIOGRAFIE SELECTIVĂ.....	333

Librăria ta de carte de specialitate juridică, economică și business

Din 2008 suntem
alegerea lor...

TU?



Cursuri universitare • Tratatе • Monografii • Coduri • Legislație • Jurisprudență • Reviste de specialitate

www.ujmag.ro

ujmagro
UNIVERSUL JURIDIC MAGAZIN

Bd. Iuliu Maniu nr. 7, clădirea Cotroceni Business Center corp C,
sector 6, București (lângă AFI MALL)

021.312.22.21 | 0733.673.555 | comenzi@ujmag.ro



Universul Juridic

nihil sine iure



instrument
de pregătire
profesională

PARTENERIAT

Suntem o comunitate impresionantă
– peste 40.000 de membri activi

ONLINE

Conținut juridic de calitate disponibil
de pe orice dispozitiv:
laptop, mobil sau tabletă

REZULTATE

Puteți accesa informații juridice reale, certificate
editorial, necesare activității dvs., în orice moment,
sub semnătura specialiștilor recunoscuți în domeniu

TRADIȚIE

În 18 ani am devenit cel mai important actor al
pieței editoriale juridice! Peste 2.000 de titluri,
1.000 de autori, 12 reviste juridice. Acum și online!

ARTICOLE

Peste 10.000 de pagini de conținut
profesional structurat pe 12 secțiuni,
pentru a facilita accesul la conținutul relevant

LEGISLAȚIE

Modificări legislative, legi promulgate,
decizii CCR și ÎCCJ, proiecte de legi

ALĂTURĂ-TE CELOR 40.000 de profesioniști!
BENEFICIAZĂ de avantajele contului premium: GO PREMIUM!
Testează și convinge-te!

www.universuljuridic.ro

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY



Conștientizând relevanța practicilor culturale pentru afirmarea identității colective a statelor națiune și importanța egalității și nediscriminării pentru afirmarea cerințelor societăților democratice, în prezenta lucrare ne propunem observarea posibilității de atingere a echilibrului între cele două elemente. Egalitatea și nediscriminarea reprezintă contextul ideal pentru dezvoltarea cadrului juridic de promovare și protecție a drepturilor femeilor, însă, în ipoteza în care includem în analiză factorul cultural, contextul se relativizează. Provocarea fundamentală adresată societății moderne este aceea de a căuta instrumentele adecvate pentru valorizarea culturii și tradiției în sensul dezvoltării și consolidării discursului drepturilor omului, cu accente asupra egalității de gen.

Autoarea

Maria-Beatrice Berna este una dintre cele mai profunde și prolifiche reprezentante ale tinerei generații de cercetători – oricum destul de restrânsă la nivel autohton – în materia drepturilor omului fiind de remarcat, în acest sens, zecile de articole de specialitate, precum și monografiile a căror autoare sau coautoare este. În această lucrare ea reușește să structureze o teorie proprie, articulată, privind impactul mediului cultural asupra nivelului de protecție a drepturilor omului în general și a drepturilor femeii, în special, cu implicații directe în creșterea gradului de eficacitate a acestora.

Prof. univ. dr. Nicolae VOICULESCU

Membru supleant

Consiliul de Administrație

Agencia Uniunii Europene pentru Drepturi Fundamentale (FRA)